

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ESSAI
D'UNE
THÉORIE GÉNÉRALE
DE
LA REPRÉSENTATION
EN DROIT PRIVÉ FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

le vendredi 20 février 1931, à 3 heures du soir,

PAR

Gilbert MADRAY

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

LIBRAIRIE
DU
RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS, 5.

1931



Digitized by the Internet Archive
in 2026

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

ESSAI

D'UNE

THÉORIE GÉNÉRALE

DE

LA REPRÉSENTATION

EN DROIT PRIVÉ FRANÇAIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE BORDEAUX

le vendredi 20 février 1934, à 3 heures du soir,

PAR

Gilbert MADRAY

LAURÉAT DE LA FACULTÉ

LIBRAIRIE

DU

RECUEIL SIREY

(SOCIÉTÉ ANONYME)

22, Rue Soufflot, PARIS, 5^e

1934

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

PROFESSEURS HONORAIRES :

MM. SAUVAIRE-JOURDAN, ✱ I.; BARDE, ✱ I.; LESCURE, ✱ I., ✱;
DE BOECK, ✱, ✱ I.; NOAILLES, ✱ A.

MM. FERRON, ✱, ✱ I., *Doyen*, professeur de *Droit commercial*.
BENZACAR, ✱, ✱ I., professeur d'*Economie politique*.
FERRADOU, ✱ I., *Assesseur du Doyen*, professeur d'*Histoire du droit* et chargé d'un cours d'*Histoire du droit privé* et d'un cours d'*Histoire du droit public* (Diplômes d'études supérieures).
MARIA, ✱ I., professeur de *Droit romain*.
MARGAT, ✱ I., professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Droit international privé* (Licence).
BONNECASE, ✱ I., professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Droit maritime* (3^e année).
PALMADE, ✱ A., ✱, professeur de *Droit civil*.
VIZIOZ, ✱ A., professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours de *Droit civil comparé* (Diplôme d'études supérieures).
BONNARD, ✱ I., ✱, professeur de *Droit administratif* et chargé d'un cours de *Droit constitutionnel comparé* (Diplôme d'études supérieures).
POPLAWSKI, ✱ I., professeur de *Droit criminel* et chargé d'un cours de *Législation industrielle*.
BOYÉ, ✱ A., ✱, professeur de *Droit romain*.
MOUNIER, ✱ I., professeur d'*Économie politique*, chargé d'un cours d'*Histoire des doctrines économiques* (Diplôme d'études supérieures).
BIBIÉ, ✱, ✱, professeur de *Droit international public*.
RÉGLADE, professeur de *Droit constitutionnel et administratif*.
GARRIGOU-LAGRANGE, agrégé, chargé d'un cours de *Législation financière* (3^e année), d'un cours d'*Economie politique* (Diplôme d'études supérieures) et d'un cours de *Législation coloniale* (3^e année).
LABORDE-LACOSTE, ✱ A., professeur à la Faculté de droit d'Aix, chargé d'un cours de *Droit civil* (Licence), des cours de *Droit civil* (Capacité) et d'un cours d'*Enregistrement*.
HUBRECHT, chargé de cours (*Droit romain*).
ROUSSEAU, chargé de cours (*Droit international public*).

M. BEAUDUN, ✱ I., *Secrétaire*.
M^{me} COSTES, *Secrétaire adjointe*.
M^{me} SOUBIE, *Bibliothécaire*.

COMMISSION DE LA THÈSE

MM. BONNECASE, professeur.....	Président.
FERRON, professeur.....	
MARGAT, professeur,.....	} Suffragants.



ESSAI D'UNE
THÉORIE GÉNÉRALE
DE
LA REPRÉSENTATION
EN DROIT PRIVÉ FRANÇAIS

INTRODUCTION

Le terme « représentation » est, à l'heure actuelle, l'un des plus usités de la langue juridique française : cette formule, que nous plaçons en tête de cet ouvrage, ne traduit pas seulement la tendance des étudiants à voir le Droit tout entier dans l'humble parcelle du domaine juridique qu'ils ont voulu parcourir; elle n'est pas davantage la manifestation d'un sentiment d'orgueil mal dissimulé qui aurait pour but d'attribuer une importance excessive à une notion dont on a entrepris l'étude.

Cette assertion répond, hélas ! à la réalité. Ces regrets, exprimés dès les premières lignes qui s'offrent au lecteur, nous sont dictés par la confusion inévitable que devaient engendrer les multiples emplois d'une expression à laquelle

on a recours pour caractériser des situations qui sont cependant distinctes. Il est admis que le mandataire représente le mandant, que le tuteur représente le mineur, que le syndic de faillite représente les créanciers, que le commissionnaire représente, en certains cas, le commettant, que le gérant d'affaires représente le maître, que les coobligés d'une obligation solidaire se représentent mutuellement pour rendre leur situation meilleure, mais non pour la rendre pire. La jurisprudence qualifie de représentants légaux les administrateurs des personnes morales et le capitaine de navire. La loi du 23 janvier 1929, relative aux parts de fondateur émises par les sociétés, permet à la masse constituée par les divers porteurs d'agir au moyen de représentants, et une organisation identique est prévue par le projet de loi destiné à réglementer la situation des obligataires. On dit que l'héritier représente le défunt, que le successible d'un degré éloigné représente le successible d'un degré plus proche, que le légataire universel représente les héritiers. L'ayant cause serait représenté par son auteur, et le créancier agissant en vertu de l'article 1166 représenterait le débiteur. Il suffit d'indiquer le vaste domaine de la représentation en justice et de suggérer les problèmes soulevés par la représentation politique des individus. De nos jours, on peut même affirmer que ce terme est à la mode : alors que la forme démocratique actuelle avait paru être le dernier stade auquel se serait rivée l'organisation interne des Etats modernes, le dernier mot en cette matière ne serait-il pas « la représentation des groupes sociaux » (1) ou représentation professionnelle se juxtaposant à la représentation politique des individus ?

(1) Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 3^e éd., p. 666 et s.

Ces exemples — car il ne s'est agi que d'exemples dans cette énumération — montrent à eux seuls que le concept « représentation » recouvre des notions n'ayant entre elles rien de commun : s'il est vrai que dans toutes sciences l'on doit désigner les mêmes choses par les mêmes mots et par des mots différents les choses différentes, la science du Droit mérite ici le plus grave des reproches. La représentation que connaît le droit privé n'est point la représentation définie par le droit public; aussi peut-on sans aucun inconvénient limiter ses efforts à l'une des deux branches.

C'est sur la représentation en droit privé moderne que portera notre travail; nous nous consacrerons strictement à cet aspect du problème, et pour cela nous laisserons de côté les cas de représentation que nous offrirait le Droit de la procédure, dont les frontières sont indécises, mais que les auteurs modernes rattachent plutôt au droit public.

Ainsi limitée, cette étude ne laisse pas de présenter des difficultés : celle à laquelle on se heurte à l'origine consiste à définir le concept de représentation, qui est encore pris dans des acceptions différentes même dans le droit privé. Qu'entendre par représentation? Notre Code civil n'en ayant point fait la théorie générale, comme le Code civil allemand ou le projet franco-italien de Code des obligations, il est impossible, dira-t-on, de s'évader d'un cercle vicieux : pour définir la représentation, il est nécessaire d'en connaître le mécanisme et d'examiner les cas dans lesquels fonctionne l'institution; et, d'autre part, pour dire dans quels cas il y a représentation, il faut s'appuyer sur une définition ferme et précise de cette notion.

L'argumentation n'est pas décisive. S'il n'existe pas en droit français de théorie générale de la représentation effectuée par le législateur, il est toutefois possible d'élaborer

cette théorie en se fondant sur des textes épars de notre Code civil et de notre Code de commerce et en s'aidant des données de la jurisprudence : nous ne ferons, d'ailleurs, que marcher dans une voie déjà ouverte ⁽²⁾.

Mais, sans poser de formule *a priori*, nous voulons, dès l'introduction, dire comment se présente d'une manière générale la représentation juridique : ce sera là un point sur lequel tout le monde est d'accord, les difficultés n'apparaissent et les désaccords ne surgissent que lorsqu'il s'agit d'expliquer le phénomène. Voyons-en les grandes lignes, sauf à préciser ensuite cette notion et à la mouler, si possible, dans une définition dictée par l'expérience.

On entend, en général, par représentation, l'opération en vertu de laquelle une personne accomplit au nom d'une autre un acte dont les effets se produiront directement sur la tête de cette dernière. La personne qui agit est le « représentant », celle au nom de qui l'acte est effectué est le « représenté ». L'opération met en jeu trois personnes : le représentant, le représenté, le tiers. Le représentant traite avec le tiers, lequel connaît la qualité de son co-contractant; l'acte accompli, la personne du représentant disparaît aussitôt, les conséquences jaillissent immédiatement dans le patrimoine du tiers et dans celui d'une personne qui ne se trouvait point présente à l'acte, le représenté. Telle est l'image que les auteurs tracent de la représentation juridique.

Cette notion, dont nous avons énoncé quelques-unes des applications dans notre droit privé, a-t-elle fait l'objet d'études approfondies ? Nous n'hésitons pas à affirmer

(2) M. Bonnetcase a ainsi dégagé les notions d'acte d'administration (*Supplément à Baudry*, t. III, p. 630 et s.) et de subrogation réelle (p. 688 et s.).

qu'elle fait figure de parent pauvre. Mais des voix autorisées se sont élevées pour montrer qu'elle « n'a pas encore été creusée comme elle méritait de l'être » (3) : nous nous proposons d'établir le bien-fondé de ce reproche.

Sans doute, le concept de représentation juridique a retenu l'attention de quelques juristes et a fait l'objet de thèses de doctorat (4), dont l'une, celle de M. Pilon, est considérée comme classique. Nous ne méconnaissions pas les efforts qui ont été tentés ni la valeur des résultats obtenus. Mais les auteurs qui jusqu'à nos jours ont tenté de donner de la représentation une explication satisfaisante ont adopté une méthode avec laquelle nous nous croyons obligé de rompre : soucieux avant tout d'obtenir une formule simple d'où jaillirait la clef des multiples difficultés qui se dressent en cette matière, ils ont, pour ainsi dire, mis leur point d'honneur à partir d'un principe *a priori*, d'une formule avancée sous la forme d'un postulat, qu'ils ont ensuite pressée avec plus ou moins d'adresse et de science, en bousculant, si c'était nécessaire, la barrière des faits qui arrêterait leur raisonnement (5).

Au lieu d'observer d'abord la réalité juridique pour bâtir sur elle un système souple et fécond, on a préféré poser d'avance une formule de laquelle on a tiré *more geometrico*

(3) Ripert, *Droit maritime*, t. I, 2^e éd., p. 767.

(4) V. bibliographie.

(5) Il suffit, pour s'en convaincre, de considérer la thèse de M. Pilon. La nature juridique de la représentation étant définie dès le début, l'auteur ne fera dans le cours de l'ouvrage qu'en déduire toutes les conséquences; celles-ci s'enchaîneront, tels des corollaires inévitables d'un théorème que l'on dira démontré. Si des difficultés se présentent, la solution adoptée *a priori* sur la nature de l'institution permettra toujours de les résoudre. Ainsi (p. 68, n° 42) : « Cette condition (que le représentant doit déclarer sa volonté propre) est imposée par la solution que nous avons adoptée sur la nature juridique de la représentation. » C'est le contraire qui devrait être : la théorie fondée sur les faits.

toute la théorie, suivant les procédés d'une déduction rigoureuse et sans confronter les principes avec les faits. Qu'on le veuille ou non, c'était là discuter dans le vide, « préférer les mots aux réalités » (6).

D'autre part, tous les travaux des juristes ont été élaborés en prenant exclusivement en considération la représentation conventionnelle (7), plus exactement le mandat : or, c'était là s'exposer à n'aboutir qu'à des vues incomplètes ou erronées, car le champ d'application de la représentation légale est au moins aussi vaste et aussi utile à explorer.

On sent, il est vrai, la nécessité de déborder le cadre classique du mandat où jusqu'ici cette notion était confinée; mais c'est avec la plus grande timidité que les auteurs s'engagent dans cette voie nouvelle, et ils donnent alors l'impression de marcher sur du sable mouvant (8).

Il est cependant impossible de laisser plus longtemps de côté l'aspect si vivant du problème posé par les applications de plus en plus nombreuses de la représentation légale. Certains trouveront, peut-être, l'entreprise téméraire et taxeront de « jeune présomptueux » son auteur. S'ils jugent insuffisante ou inexacte la solution que nous proposerons, qu'ils sachent seulement que le problème est

(6) C'est contre cette tendance que s'est élevé, dans son discours du 19 mai 1930, le président du Conseil, M. Tardieu : « ... Il nous faudra, pour y réussir, triompher de vieilles habitudes de l'esprit de classement et de compartimentage, de l'abus des définitions, du goût de discuter dans le vide en préférant les mots aux réalités... » (V. *Le Temps*, 19 mai 1930).

(7) Graziani, *La rappresentanza senza procura*, 1927, p. 3 : « L'indagine si svolge esclusivamente nel campo della rappresentanza volontaria, abbraccia cioè tutti quei casi in cui è necessaria la volontà del rappresentato... »

(8) Nous le constaterons quand nous assisterons aux vains efforts de M. Popesco-Ramniceano pour ramener la représentation légale à une « modalité tacite » de l'acte juridique.

désormais posé dans toute son ampleur, que d'autres, mieux outillés et mieux armés, n'hésitent pas à le résoudre.

Ces remarques appellent une étude plus complète et plus objective de la représentation juridique : ce faisant, nous obéissons à l'esprit critique par lequel « notre époque se caractérise » (9). En effet, s'il fut un temps où les juristes se désintéressaient d'approfondir les problèmes fondamentaux soulevés par la science du Droit (10) pour se renfermer « dans la contemplation du Code seul avec une sorte de superstition pour son texte » (11), ce temps n'est plus. Sachant que sa raison comporte une part inéliminable de faillibilité, l'homme éprouve sans cesse l'impérieux besoin de contrôler et de vérifier ses connaissances, de sorte que, « par nature et par nécessité, l'homme est essentiellement un animal critique » (12).

Après s'être laissé fasciner par le Code, les juristes ont senti ce besoin de vérification constante, mais, jusqu'à nos jours, leur critique a surtout été négative, c'est à l'art de la démolition qu'ils se sont surtout adonnés (13).

Le courant destructif devait se faire sentir dans le domaine qui nous occupe : avec les notions de droit subjectif, personnalité morale, et souveraineté, ... Duguit rayait

(9) Bonnecase, *Humanisme, classicisme, romantisme, dans la vie du droit*, 1930, p. 7 et s.

(10) « Qu'est-ce que le Droit? Est-ce une donnée de la raison ou du sentiment? Je serais très tenté de croire, du reste, que le juriste n'en pense rien. » (Charmont, *Sources du droit positif à l'heure actuelle*, *Rev. de mét. et de mor.*, 1906, p. 117).

(11) Planiol et Ripert, *Traité*, t. I, 11^e éd., n° 129. V. aussi Bonnecase, *L'Ecole de l'exégèse en droit civil*.

(12) Baudin, *Introduction générale à la philosophie*, I, *Qu'est-ce que la philosophie*, 1927, p. 173.

(13) Des auteurs l'ont avoué sans ambage. Gounot (*Le principe de l'autonomie de la volonté*, thèse Dijon, 1912, p. 316) tient à « souligner le caractère avant tout critique et pour ainsi dire négatif » de son étude.

du vocabulaire juridique le concept de représentation et l'écartait impitoyablement parce qu'inutile et inexplicable (14).

En face d'attaques aussi vives, une étude sérieuse de la représentation juridique est d'autant plus nécessaire que la doctrine traditionnelle française ne peut leur opposer que le système de la fiction et que les traités de droit civil les plus récents (15) se contentent de rejeter l'idée de fiction sans se prononcer sur la nature juridique de la représentation.

La meilleure réponse à ceux qui ont nié la réalité de ce concept nous a paru consister dans un *exposé descriptif des applications de la représentation en droit privé moderne*, exposé qui constituera la première partie de nos développements. Nous décrirons les faits tels qu'ils se présenteront sans critique aucune, sans prendre parti; nous observerons (16).

L'examen auquel nous nous serons ainsi livré montrera comment se pose d'une manière inéluctable le problème de *la nature juridique de la représentation*, que nous examinerons dans une deuxième partie : le lecteur verra que si nous suivons l'esprit critique de l'époque, nous ne nous contenterons pas cependant d'abattre, nous essayerons d'édifier; nous ne nous bornerons pas à démolir, nous chercherons à construire.

(14) Duguit, *Traité*, t. I, 3^e éd., 1927, p. 475 et s.

(15) Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. I, p. 98; Planiol, Ripert, Esmein, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, *Obligations*, 1930, p. 72. (Les développements relatifs à la représentation juridique sont dus à M. Cassin.)

(16) L'opération juridique de la représentation est un acte à facettes multiples; nous voudrions présenter ces facettes dans une étude descriptive qui serait le miroir sur lequel le lecteur apercevrait, reproduites, les données de l'observation. Dans la première partie, nous nous bornerons à faire tourner le miroir.

Au cours de cette étude, nous nous heurterons fatalement à une foule de notions mises en mouvement par la représentation juridique; qu'on ne s'attende pas à trouver des éclaircissements complets sur chacune d'elles. Nous tenons à déclarer dès le début qu'elles ne seront étudiées que dans la mesure où notre idée directrice, à savoir la recherche de la nature exacte de la représentation, est susceptible d'être éclairée.

PREMIÈRE PARTIE

EXPOSÉ DESCRIPTIF DES APPLICATIONS DE LA REPRÉSENTATION EN DROIT PRIVÉ MODERNE

CHAPITRE PREMIER

LA REPRESENTATION CONVENTIONNELLE

Nous avons indiqué que le caractère spécifique de la représentation, sur lequel tous les auteurs s'accordent, réside dans la possibilité pour une personne de passer des actes dont les effets se produiront directement sur la tête d'une autre.

Le présent chapitre nous montrera que ce phénomène peut se produire à la suite d'une manifestation de volontés concordantes de plusieurs sujets de droit : représentant, représenté, tiers; autrement dit, nous serons en présence de ce que l'on est convenu d'appeler la « représentation conventionnelle ».

Les cas d'application de cette dernière sont multiples et ils se présentent dans tous les domaines sous les formes les plus variées; qu'on ne s'attende pas à en trouver ici une énumération, qui serait fastidieuse et inutile.

Nous prendrons seulement les cas susceptibles d'offrir l'aperçu le plus net sur la notion de représentation conventionnelle, étant bien entendu qu'il s'agira toujours d'une observation impartiale des faits, qui sera l'amorce de la systématisation et de la critique auxquelles nous soumettrons ensuite l'exposé descriptif.

Pour mettre en relief la physionomie de la représentation due à la convention des parties, décrivons la situation du mandataire agissant au nom de son mandant, du commissionnaire agissant au nom du commettant, du représentant de commerce et du courtier d'assurances maritimes.

SECTION PREMIERE

LE MANDATAIRE AGISSANT AU NOM DU MANDANT

Aux termes de l'article 1984, le mandat est « un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ».

On désigne sous le nom de mandant celui qui donne le pouvoir, celui qui le reçoit étant le mandataire.

Le seul énoncé de cette définition met en lumière le caractère de l'institution : la faculté pour une personne d'agir au nom d'une autre, « le pouvoir donné au mandataire de *représenter* le mandant » (1).

Quels en seront les effets ? « Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné » (art. 1998, § 1). Ainsi, nous sommes en présence du phénomène suivant : une personne — le mandataire — figure sur la scène juri-

(1) Cass. civ., 14 avril 1886, S., 87. 1. 76.

dique à la place d'une autre — le mandant —; elle agit, elle traite avec un tiers, et celui-ci se trouve directement lié à une personne qui n'était point présente à l'acte.

Voilà la représentation.

Précisons, en nous inspirant des solutions de la jurisprudence. Dans la limite des pouvoirs qui ont été donnés au mandataire, les actes passés par lui produisent immédiatement leurs effets dans la personne du mandant, ils sont considérés comme faits par celui-ci personnellement, ils ne rejaillissent que sur lui. S'agit-il d'un droit? il est acquis au mandant seul. D'une obligation? elle n'engage que le mandant envers le tiers, sans entrer un instant dans le patrimoine du mandataire. Ce dernier, qui a contracté, disparaît aussitôt, sa personnalité s'affirme pour la conclusion du contrat, puis elle s'efface et le mandant se trouve exactement tenu comme s'il avait lui-même été partie à l'opération juridique.

Un arrêt de la Cour de cassation du 15 juin 1898, qui eut à trancher une question neuve en doctrine et en jurisprudence, est des plus nets à cet égard; on sait que l'article 447 C. comm. donne aux tribunaux la faculté d'annuler les « paiements faits par le débiteur pour dettes échues et tous autres actes à titre onéreux par lui passés après la cessation de ses paiements et avant le jugement déclaratif de faillite si, de la part de ceux qui ont reçu du débiteur ou qui ont traité avec lui, ils ont eu lieu avec connaissance de la cessation de ses paiements ». On veut maintenir l'égalité entre les créanciers du failli en évitant que certains d'entre eux, dénués de scrupules, bénéficient d'arrangements conclus avec le débiteur au moment où sa situation est perdue. Il s'agissait de savoir, en l'espèce, si l'article 447 pouvait jouer lorsque le paiement avait été fait à

un mandataire du créancier; il était démontré que l'état des affaires du débiteur avait été connu par ce mandataire, mais on n'avait pu prouver qu'il l'avait été du créancier lui-même. Que décider? Le pourvoi invoquait que l'article 447 comportait l'appréciation d'un élément intentionnel, absolument personnel au mandant : comment dès lors justifier contre celui-ci une décision fondée sur le fait d'une autre personne? En vertu des principes du mandat, qui commandent de « tenir le mandant comme ayant eu légalement connaissance de la cessation de paiements de son débiteur lorsque, comme dans l'espèce, cette connaissance a été acquise par son mandataire ⁽²⁾.

On aperçoit de la sorte le mécanisme de la représentation dans toute sa portée : le mandataire a conclu un acte pour lequel il a été tenu compte d'un élément subjectif et il est décidé que, vis-à-vis du mandant, toutes les conséquences se produisent comme si cette intention avait été partagée; pour apprécier la validité du contrat, la Cour suprême se rapporte uniquement aux contractants, et la personne au nom de qui on agit est tenue dans la mesure où est obligée celle qui a le pouvoir de contracter en son nom. Ainsi, en vertu des principes de la représentation juridique, la situation est déclarée la même que si le créancier avait été instruit de l'état de cessation des paiements.

Le législateur ne s'est point borné, d'ailleurs, à consacrer la représentation conventionnelle dans les dispositions relatives au mandat que nous venons de citer : l'article 1420 C. civ. est aussi formel à cet égard ⁽³⁾. Il permet à

(2) Cass., 15 juin 1898, D., 98. 1. 539, S., 99. 1. 209, note Tissier.

(3) Nous justifions ce que nous avons avancé dans l'introduction : qu'il était possible d'élaborer une théorie de la représentation en partant des textes épars de notre droit privé. Citons encore l'article 412 du Code civil :

la femme mariée sous le régime de communauté d'accomplir des actes juridiques en vertu d'une « procuration générale ou spéciale du mari » : quels seront alors les effets du contrat conclu par la femme au nom du mari? La loi les a précisés au cas où il s'agit d'une obligation : bien que ce soit la femme qui contracte, les conséquences sont les mêmes que si le mari avait contracté, « la dette est à la charge de la communauté et le créancier n'en peut poursuivre le paiement ni contre la femme ni sur ses biens personnels ». Le législateur marque ainsi qu'après avoir concouru à la formation du contrat, la personnalité de la femme s'efface, il n'y a plus en présence pour les effets que le mari, chef de la communauté, et le tiers. Situation nette, qui reflète la représentation.

Mais la question se pose alors de savoir quel est le rôle exact joué par le mandataire : il discute les bases du contrat, il déclare que l'accord est réalisé et que les effets devront se produire dans le patrimoine de son mandant, et nous avons vu que celui-ci est obligé comme s'il avait été présent lors de la passation de l'acte. Ne pourrait-on pas dire, dans ces conditions, que personnalité du mandant et du mandataire se confondent, ou plus exactement que le mandataire a endossé la personnalité de son mandant? est-il un simple porte-parole? le « véhicule » de la volonté du mandant, un pur agent de transmission sans caractères propres? « Lorsqu'il engage le mandant, *le mandataire ne cesse pas de conserver sa personnalité* et il apparaît en nom comme intermédiaire nécessaire à la conclusion de l'acte juridique » (4). L'arrêt qui a précisé de la sorte la

« Les parents, alliés ou amis, ainsi convoqués, seront tenus de se rendre en personne ou de se faire *représenter par un mandataire spécial*. Le fondé de pouvoir ne peut *représenter* plus d'une personne. Le mari pourra *représenter* sa femme, ou réciproquement. »

(4) Req., 20 févr. 1922, D., 22. 1. 201, S., 22. 1. 108.

situation du mandataire est venu apporter une contribution des plus utiles à l'étude de la représentation et il permet, dès le début, de fixer un point délicat. Au moment de l'élaboration de l'acte, on se trouve donc en face de trois personnalités bien distinctes : celle du mandataire, du tiers et du mandant. Pour que la représentation se produise, il est nécessaire que le mandataire affirme une personnalité propre, il doit déclarer agir en cette qualité; c'est seulement après l'accomplissement de l'acte que sa personne disparaît.

Se fondant sur ce principe, la Chambre des requêtes conclut, dans l'espèce citée, qu'il n'y a point mandat lorsqu'un secrétaire signe, du nom de son maître et sur ses ordres, un acte obligeant celui-ci, alors que le secrétaire se présente comme étant le maître lui-même et non point son mandataire, et que l'acte indique « le patron comme comparant ».

Dans quelle mesure le mandant est-il obligé? dans la limite des pouvoirs qu'il a donnés au mandataire, et pour cela les juges du fond interprètent souverainement, à condition de ne pas les dénaturer, les clauses du mandat ⁽⁵⁾. Le mandant « n'est tenu de ce qui a pu être fait au delà qu'autant qu'il l'a ratifié expressément ou tacitement » (art. 1998, § 2).

SECTION II

LE COMMISSIONNAIRE AGISSANT AU NOM DU COMMETTANT

« Le commissionnaire est celui qui agit en son propre nom ou sous un nom social pour le compte d'un commettant. » (Art. 94 C. comm.) Dans les contrats qu'il conclut

(5) Req., 7 nov. 1928, S., 29. 1. 61, consacrant une jurisprudence ancienne.

de cette manière, il a personnellement la qualité de créancier ou de débiteur, c'est sur sa tête que naissent les droits ou que tombent les obligations ⁽⁶⁾, c'est lui qui peut réclamer le paiement ou la livraison des marchandises, de même qu'il ne saurait se soustraire à l'exécution du marché en alléguant qu'il a agi, en réalité, pour le compte d'une autre personne. Pour que l'affaire traitée avec le tiers profite à une troisième personne, un acte nouveau devra être passé; nous sommes donc loin de ce que l'on entend généralement par représentation.

Mais ce même article 94 ajoute : « Les devoirs et les droits du commissionnaire qui agit au nom du commettant sont déterminés par le Code civil, liv. III, t. XIII. » Les dispositions auxquelles il est renvoyé sont celles relatives au mandat, dont certaines ont été mises en relief; par cette formule, le législateur indique lui-même qu'il y a alors représentation. Dans cette hypothèse, le commissionnaire « constitue un mandataire soumis à toutes les règles du droit commun » ⁽⁷⁾; conformément au pouvoir qu'il a reçu, il conclut un marché, non point en son nom personnel, mais au nom d'une personne que le tiers connaît, et les effets du contrat s'accomplissent immédiatement dans le patrimoine du commettant. L'acheteur n'est plus lié envers le commissionnaire, mais envers le commettant, dont la personnalité lui a été révélée lors de la conclusion du contrat et envers qui il a voulu être engagé.

Le parallèle de ces deux situations, commissionnaire agissant en son nom personnel pour le compte du commet-

(6) Bordeaux, 19 juin 1844, S., 43. 2. 20; Req., 3 mai 1887, S., 90. 1. 303; Cass., 15 févr. 1893, D., 93. 1. 378, et S., 93. 1. 128 .

(7) Civ., 20 juill. 1874, D. P., 74. 1. 232. V. aussi Lyon, 18 janv. 1900, D. P., 1903, 2. 89.

tant, commissionnaire agissant au nom du commettant, révèle l'aspect propre de la représentation; le résultat final est toujours le même, puisque le commettant bénéficie de l'affaire traitée par le commissionnaire. Mais dans le premier cas apparaîtront deux contrats ayant une existence propre : le tiers ne connaît que le commissionnaire, il ne pourra être actionné que par lui, et, pour profiter du marché, le commettant devra s'entendre avec le commissionnaire par un acte distinct. Les effets du contrat tombent dans le patrimoine du commissionnaire, puis dans celui du commettant.

Au contraire, lorsque le commissionnaire prévient le tiers qu'il agit au nom d'une autre personne d'après les pouvoirs qui lui ont été donnés, le commettant est seul engagé; il bénéficie immédiatement et en vertu d'un acte unique de l'opération intervenue entre le tiers et le commissionnaire, c'est lui qui peut exiger du tiers l'exécution du marché, de même qu'il peut être contraint à remplir les obligations qui sont nées directement sur sa tête. Et cela d'après les règles du mandat auxquelles renvoie l'article 94 C. comm., règles qu'applique la jurisprudence en mettant en relief la distinction faite par les textes ⁽⁸⁾ : c'est ainsi qu'un arrêt de la Chambre des requêtes du 11 décembre 1929 ⁽⁹⁾ décide qu'au cas où un ordre d'achat donné par un acheteur à un intermédiaire était destiné au vendeur, auquel l'acheteur ne pouvait ignorer qu'il aurait affaire, les juges du fond établissent à bon droit que l'in-

(8) Nous tenons à faire remarquer que cette étude descriptive des textes et de la jurisprudence relative au commissionnaire n'implique pas de notre part une approbation de cette jurisprudence ou une adhésion quelconque à l'un des systèmes proposés par la doctrine sur le critérium du commissionnaire, nous posons simplement les faits.

(9) Req., 11 déc. 1929, S., 30. 1. 107.

termédiaire avait rempli « le rôle non pas d'un commissionnaire obligeant directement l'acheteur envers lui, mais bien d'un mandataire non habilité à recevoir le prix de vente ». Le vendeur se trouvait bien fondé à réclamer le paiement du prix au tiers, qui avait commis une imprudence en réglant l'intermédiaire sans s'assurer qu'il était chargé de recevoir le montant du marché. Cet exemple nous montre qu'après la conclusion du contrat, la personne du commissaire avait disparu : les effets devaient se produire uniquement sur la tête du commettant et du tiers. C'est toujours le même phénomène de la représentation.

SECTION III

LE REPRESENTANT DE COMMERCE

La notion de représentant de commerce est, à l'heure actuelle, l'objet de vives controverses tant en doctrine qu'en jurisprudence, de sorte qu'il est difficile d'en donner une définition quand on se borne à observer les faits et que l'on s'est interdit de dogmatiser. Il est toutefois possible de dégager l'orientation générale de la jurisprudence et de réunir ainsi les matériaux indispensables à une saine construction théorique.

Une étude préalable des faits s'impose inéluctablement en cette matière, le Code de commerce n'ayant pas établi de réglementation générale : loin de nous, d'ailleurs, la pensée de le lui reprocher, puisqu'il s'agit d'une profession qui est née et qui s'est développée au cours du XIX^e siècle (10).

(10) Gombeaux, *Annales de droit commercial*, 1906, p. 89 et s.

Sans doute, durant ces dernières années, le législateur a-t-il eu à plusieurs reprises l'occasion de se prononcer sur la condition des représentants de commerce : mais il n'a touché qu'à des points particuliers, sans définir et sans organiser la représentation commerciale. C'est ainsi que la loi du 17 juin 1919, modifiant l'article 549 du Code de commerce, admet au nombre des créanciers privilégiés pour salaires les représentants de commerce, de fabrique ou d'industrie, attachés à une ou plusieurs maisons; la loi du 8 octobre 1919 les soumet à l'obligation de la carte d'identité professionnelle et la loi budgétaire du 30 juin 1923 (art. 2) les exempte de la patente. Ces lois, qui ne sont que des exemples, sont muettes sur la nature juridique de la représentation commerciale; c'est cependant une question soulevée à chaque instant devant les tribunaux.

Le mutisme du législateur ne doit pas nous surprendre : le représentant de commerce appartient à cette classe, si variée mais si imprécise, des « intermédiaires » dont se sert la vie commerciale pour faciliter la rencontre de l'offre et de la demande. Liés aux transformations économiques et obligés de s'adapter sans cesse aux besoins des affaires, ces intermédiaires voient leur condition évoluer constamment, évolution que ne suit pas toujours la technique moins souple des conceptions juridiques; et, bien qu'ils soient connus sous des appellations multiples, voyageur de commerce, placier, représentant de commerce, courtier, commissionnaire..., en fait, il arrive que l'un accomplisse des opérations qui semblaient caractériser l'activité de l'autre. D'où l'attitude du législateur, qui préfère laisser à la jurisprudence, soumise au contact des faits, le soin de préciser et de régulariser des formes d'activité qui parfois s'enchevêtrent.

Dans cette mission confiée à la jurisprudence vis-à-vis du représentant de commerce, des tâtonnements se manifestent : frappés par les liens de subordination très étroits qui unissent cet agent à son maître, des tribunaux n'ont d'abord vu dans ces rapports qu'un louage de services. Aux termes d'un arrêt de la Cour de Paris du 26 mai 1894 (11), « le contrat de louage de services qui intervient entre un commis voyageur et son patron engendre des obligations réciproques et de bonne foi ». A l'heure actuelle, le Conseil d'Etat soumet le représentant de commerce à l'impôt sur les traitements et salaires lorsque cet agent est dans une situation d'étroite dépendance qui est celle d'un véritable employé (12).

D'autres tribunaux et cours d'appel, au contraire, ne s'attachent pas tant à la subordination plus ou moins accentuée du représentant de commerce vis-à-vis de sa maison, qu'à la nature des opérations accomplies : « Attendu, avance la Cour d'appel de Lyon (13), que dans les opérations auxquelles se livre le représentant de commerce on ne saurait voir, à proprement parler, un louage de services, mais bien un mandat consistant à représenter le commettant et à continuer la personnalité de celui-ci loin de son domicile... » Cet arrêt nous place en face de la notion de représentation, appliquée à l'une des multiples formes de l'activité commerciale, notion que la Cour de cassation a elle-même fixée et développée : les représentants de commerce ne sont pas des commerçants, car « les opérations commerciales traitées par eux ne sont pas faites

(11) Paris, 26 mai 1894, D. P., 98. 2. 189. Dans le même sens : Agen, 7 janv. 1895, S., 95. 2. 213; Limoges, 23 nov. 1896, S., 97. 2. 68.

(12) Cons. d'Etat, 31 juill. 1923, S., 27. 3. 98 (4^e espèce), note Génry.

(13) Lyon, 27 janv. 1904, *Le Droit*, 9 mars 1904.

en leur nom personnel, mais au nom des négociants ou des fabricants, dont ils sont les mandataires et qui seuls en recueillent les bénéfices et en supportent les pertes »⁽¹⁴⁾. L'activité du représentant de commerce, définie par la Cour suprême, se caractérise donc au point de vue juridique en ce que cet intermédiaire traite des affaires au nom d'une autre personne et les contrats intervenus produisent directement leurs effets sur la tête des fabricants pour qui ces marchés étaient conclus; action effective du représentant de commerce lors de la conclusion du contrat, sa disparition, ensuite, pour ne laisser en présence que le tiers et le négociant, tel est le mécanisme de l'opération accomplie et dans laquelle une partie de la jurisprudence voit un cas de représentation.

Point n'est besoin, d'ailleurs, de recourir à des déductions, si simples soient-elles; ou d'essayer de mettre en relief les solutions des tribunaux : il suffit de reproduire ici un arrêt de la Cour d'appel de Poitiers du 13 décembre 1927 ⁽¹⁵⁾, auquel nous voudrions attribuer une place d'honneur parce qu'à propos de la question de fait qui lui était soumise, il n'a pas hésité à prendre parti sur des notions indécises et controversées qui n'avaient point jusque-là été abordées de front. Après avoir fixé le sens du mot « préposé », qui « s'applique à tous ceux qui ont reçu du patron un certain pouvoir de direction », l'arrêt expose la situation juridique du commissionnaire, du représentant de commerce et du voyageur de commerce : « Attendu qu'il (le représentant de commerce) se distingue essentiellement du commissionnaire en ce qu'il traite non en son

(14) Civ., 17 nov. 1909, S., 40 1. 834. *Adde* Civ., 21 déc. 1898 et 18 mars 1902, D., 1903. 1. 82.

(15) Poitiers, 13 déc. 1927; S., 28. 2. 81, note Garaud.

nom propre, *mais au nom et pour le compte du commettant, derrière lequel sa personnalité s'efface*; qu'il se rapproche singulièrement, au contraire, du voyageur de commerce, qui, comme lui, est chargé de placer les produits de sa maison au prix et aux conditions qu'elle indique; que voyageur et représentant reçoivent des instructions et des directives de l'industriel ou du commerçant qui les emploie et *au nom duquel ils contractent avec les clients*;... qu'il n'y a entre eux que cette différence de fait que l'agent local, dont le rayon d'action est plus restreint, est le plus souvent le représentant de plusieurs firmes, tandis que le voyageur n'en représente généralement qu'une... »

Nous trouvons dans cet arrêt, résolument affirmée, une définition de la représentation commerciale opposée à d'autres catégories juridiques avec lesquelles la confusion est parfois faite; nous ne disons pas qu'elle doit être admise de plein droit et avec enthousiasme. Nous revendiquons seulement la faculté de la souligner dans cet exposé descriptif parce que la Cour, dominant la question d'espèce, a voulu s'attacher à des notions fermes. Elle fait appel, ses termes mêmes le démontrent, à la théorie de la représentation juridique pour caractériser la situation du représentant de commerce : conclusion de contrats avec les clients au nom de l'industriel, « *derrière lequel sa personnalité s'efface* ». Cet agent se distingue donc des autres intermédiaires en ce qu'il agit au nom du commerçant et que les conséquences de cet acte se réalisent directement dans le patrimoine du maître, lié seul au tiers contractant. C'est la représentation juridique.

Est-ce la solution appliquée à l'heure actuelle par tous les tribunaux? Pour être complet, on doit mettre en avant une troisième tendance de la jurisprudence qui fait varier

la situation juridique du représentant de commerce d'après les liens de subordination existant entre le négociant et cet intermédiaire ⁽¹⁶⁾ : celui-ci ne touche-t-il pour rémunération de ses dépenses et de ses démarches qu'un émolument proportionnel à l'importance de chaque affaire sans recevoir aucun appointement fixe, voyage-t-il pour plusieurs maisons, jouit-il d'initiative et de liberté? C'est un mandataire auquel s'appliquent les textes du Code civil relatifs au mandat. S'il est, au contraire, dans une dépendance étroite de la maison qui l'emploie, c'est un employé au sens de l'article 1780 C. civ. Nous ne critiquerons pas ici ces décisions jurisprudentielles, nous nous bornerons à constater que, dans les hypothèses où le représentant de commerce est assimilé au mandataire, c'est la représentation juridique qui entre en mouvement, telle que nous l'avons décrite.

SECTION IV

LE COURTIER D'ASSURANCES MARITIMES

Le seul énoncé de la section que nous abordons surprendra les spécialistes du Droit maritime, qui jugeront pour le moins très hardie la place ainsi attribuée à cet agent et très osée la détermination de sa situation juridique sans discussion préalable.

Ce n'est point un texte législatif qui permet de qualifier de représentant conventionnel le courtier d'assurances maritimes. L'article 79 C. comm., relatif à leurs attributions,

(16) Nancy, 2 févr. 1909, S., 1909. 2. 246; Paris, 15 janv. 1924, D. P., 24. 2. 136; Paris, 6 mars 1929, *Gaz. Pal.*, 1929, 1, 761; Trib. comm. Troyes, 23 mars 1929, *Gaz. Pal.*, 1929, 2, 112; Trib. comm. Le Havre, 4 juin 1929, *Réc. du Havre*, 1929, 1, 185.

ne se prononce pas sur les devoirs qui leur incombent ou sur la nature juridique de leurs opérations : « Les courtiers d'assurances maritimes, y est-il dit, rédigent les contrats ou polices d'assurances concurremment avec les notaires; ils en attestent la vérité par leur signature, certifient le taux des primes pour tous les voyages de mer ou de rivière. »

Ce serait se méprendre singulièrement que de s'en tenir aux données du texte; jetons un coup d'œil sur la vie commerciale maritime, voyons sous quels aspects nous apparaît cet agent. Sous la forme d'un intermédiaire qui a pour but, en l'espèce, de rapprocher assureurs et assurés ⁽¹⁷⁾. Tel est son rôle principal. En fait, voici comment les choses se passent : le commerçant qui désire assurer des marchandises s'adresse à un courtier, lequel entrera en relations avec une ou plusieurs compagnies d'assurances en spécifiant la demande de l'assuré. Lorsque aura été obtenu le consentement de l'assureur, le courtier rédigera la police ⁽¹⁸⁾ : c'est là l'opération propre au courtier, mais il est à remarquer que ce n'est point la clôture de la police qui fixe la date du contrat, qui est devenu « parfait du moment que l'assureur a donné son consentement ⁽¹⁹⁾ ». Dans ces agissements du courtier d'assurances maritimes, la notion de représentation juridique est-elle mise en jeu?

(17) Ripert, *Traité de droit maritime*, t. III, 2^e éd., n° 2403.

(18) Dans une forme qui se rapprochera de la suivante : « Par l'entremise de X..., courtier, les soussignés assurent à M. Y... la somme de 300.000 francs au maximum, par vapeur, et par voyage portant sur marchandises généralement quelconques... » Lors de chaque expédition, l'assuré donnera au courtier un « ordre d'assurance », qui sera transmis aux assureurs, lesquels délivreront un « avenant », reconnaissant en aliment à la police les marchandises désignées.

(19) Civ., 24 déc. 1878, D., 74. 1. 338.

Force nous est, devant le silence des textes, de recourir à la jurisprudence : celle-ci nous montre que l'intervention du courtier est susceptible de revêtir des formes variées. Si cet agent s'est présenté à l'assureur sans indiquer le nom de l'assuré, « comme agissant pour le compte de qui il appartiendrait, c'est-à-dire comme un commissionnaire, dans les termes mêmes de l'article 94 C. comm. ⁽²⁰⁾ », son intervention « n'a pas été celle d'un simple mandataire », il est personnellement responsable du paiement de la prime; l'acte qu'il passe ne lui est pas étranger, il n'y a point représentation, ainsi que nous l'avons remarqué lors de l'étude de la condition juridique propre au commissionnaire agissant en son nom personnel.

Souvent il joue le rôle de mandataire de l'assuré ⁽²¹⁾ pour le compte duquel il signe le contrat d'assurance.

Au lieu d'agir pour le compte de l'assuré, le courtier peut être le représentant de l'assureur : c'est ce que déclare fermement la Cour d'appel d'Aix le 23 décembre 1893 ⁽²²⁾, considérant que les réassurés « ont, par leur lettre du 8 mai 1893, refusé de consentir à ce que ces tiers contractassent en leur nom et manifesté la volonté très nette de traiter directement avec La Fédérale; qu'il suffit, d'ailleurs, de s'en référer au contrat lui-même pour se convaincre que, loin d'avoir revêtu le caractère de mandataires des réassurés, les appelés en cause avaient uniquement

(20) Trib. civ. Seine, 13 juin 1919, *Rev. int. dr. marit.*, XXXI, 406.

(21) Civ., 24 déc. 1873, D., 74. 1. 338. Ce mandat comporte-t-il représentation? Le 23 juillet 1923, le Tribunal civil de la Seine a déclaré que l'intermédiaire doit être considéré comme ayant agi simplement en qualité de courtier et non de commissionnaire toutes les fois qu'il a fait connaître le nom du bénéficiaire de l'assurance au moment où le contrat prend naissance. *Rev. Dor.*, 1923, t. I, 223.

(22) Aix, 23 déc. 1893, *Rev. int. dr. marit.*, XI, p. 734. V. Alger, 30 mai 1923, *Rev. Dor.*, 1923, t. I, 351.

celui de *représentants des réassureurs* ». Et pour bien marquer que les courtiers ayant, dans l'espèce, agi au nom de la compagnie d'assurances, l'acte produisait les mêmes effets que si la compagnie elle-même avait contracté, la Cour suprême précisait qu'à l'égard des réassurés, « les choses étaient respectivement à eux comme s'ils avaient fait cette importante déclaration à la compagnie elle-même ». Ce sont là les effets de la représentation juridique tels que nous les avons déjà notés.

L'activité du courtier d'assurances maritimes n'offrirait rien de nouveau pour la représentation conventionnelle si elle n'avait été précisée, le 26 novembre 1928, par une décision de la Chambre des requêtes ⁽²³⁾ : le principe posé stipule que l'article 79 C. comm. ne déterminant pas les devoirs du courtier, celui-ci peut être considéré « comme ayant représenté tout à la fois les assureurs et les assurés dans la négociation de l'assurance ».

Dans les développements antérieurs, nous avons vu que la représentation permettait à une personne d'agir au nom d'une autre sans être touchée par les effets de l'acte; l'arrêt que nous envisageons, faisant un pas de plus, proclame qu'une personne peut, « dans la négociation » d'un contrat, représenter non plus l'un des contractants, mais les deux à la fois; et elle reste toujours étrangère aux conséquences de l'acte régulièrement accompli.

De cet aperçu sur quelques-uns des cas d'application de la représentation conventionnelle, il résulte que celle-ci se réalise après l'accord de volontés intervenu entre le mandataire et le tiers, le représenté ayant donné le pouvoir au représentant de faire naître directement sur sa tête un rap-

(23) Req., 26 nov. 1928, S., 29. 1. 94.

port de droit qui le lie au tiers. Ce principe reçoit de la jurisprudence un correctif qui ne saurait être omis et en vertu duquel « le mandant est tenu même des actes excédant les pouvoirs du mandataire si les tiers ont pu et dû croire que ces actes rentraient dans les pouvoirs de ce mandataire, le mandant ayant alors commis une faute s'il n'a pas éclairé suffisamment les tiers sur la portée du mandat » (24). Le représenté est donc tenu parfois contre sa volonté.

(24) Paris, 10 mai 1920, S., 21. 2. 21. V. Req., 21 mars 1910, S., 13. 1. 297.

CHAPITRE II

LA REPRESENTATION JUDICIAIRE

Dans les exemples qui ont été analysés, nous avons constaté que le phénomène de la représentation avait pour origine la manifestation de volonté d'une personne, le représenté, qui donnait à une autre le pouvoir de faire naître à son profit ou à son encontre un lien d'obligation vis-à-vis d'un tiers.

Il existe une autre forme de la représentation, où la faculté d'accomplir des actes au nom d'un sujet de droit émane du juge lui-même : nous grouperons les cas où il en est ainsi sous le titre de représentation judiciaire, qui fera l'objet de ce chapitre (4).

La jurisprudence puise le pouvoir qu'elle confère dans l'article 1964 C. civ., qui lui permet de nommer des séquestres, et dans l'article 1962, lequel, déterminant la situation du gardien judiciaire, décide que celui-ci « doit apporter, pour la conservation des effets saisis, les soins d'un bon père de famille ».

On ne voit pas, au premier abord, comment peut inter-

(4) Les auteurs englobent généralement sous ce titre les cas dans lesquels les tribunaux désignent le représentant, encore que ses pouvoirs lui soient attribués par la loi, tel le syndic de faillite; nous verrons qu'en rattachant ces derniers exemples à la représentation légale, nous ne faisons que reproduire les données de l'observation.

venir la représentation, puisqu'il s'agit d'une simple « conservation » de la chose, qui doit être rendue telle qu'elle a été donnée. Mais les tribunaux assouplissent les textes et ils admettent qu'à l'occasion de la garde de l'objet litigieux des actes d'administration peuvent être accomplis; ces actes, passés dans la limite des pouvoirs conférés par le juge, seront opposables ou profiteront à la personne dont le bien a été géré ⁽²⁾. Est-ce un patrimoine tout entier qui peut de la sorte être administré par un séquestre ? Non, car celui dont les biens sont séquestrés ne perd pas, par le fait même, la capacité civile. C'est à propos d'actes relatifs à une fraction du patrimoine que l'administrateur-séquestre engagera une autre personne, en agissant en son lieu et place. La Cour de Cassation appliquait cette règle quand, le 10 juillet 1876 ⁽³⁾, elle déclarait que le patrimoine entier d'un commerçant, tombé en déconfiture, ne peut être placé sous séquestre soit à titre provisoire, soit à titre définitif.

(2) Il est d'usage de voir un représentant judiciaire dans le séquestre des biens appartenant à des sujets ennemis en temps de guerre (Planioi, Ripert et Esmein, t. VI, *Obligations*, p. 79; Demogue, *Traité des obligations en général*, t. I, p. 183, note 4). Nous ne pouvons suivre ces auteurs dans un tableau analytique, car la jurisprudence affirme (Req., 13 juin 1921, D., 22. 1. 186) que le séquestre « est revêtu de la qualité de mandataire de l'Etat français pour la conservation et la liquidation desdits biens, mais non de celle de représentant ou d'ayant-cause » des sujets ennemis propriétaires de ces biens. La Chambre des requêtes ne faisait que consacrer par cette décision le rapport de M. le conseiller Berge, pour qui « l'administrateur-séquestre n'est pas le représentant légal de celui sur lequel les biens ont été séquestrés ». Le 27 septembre 1929, le Tribunal civil de la Seine rappelait que « cet administrateur judiciaire ne représente pas les parties et n'est qu'un mandataire de justice » (*Gaz. trib.*, 25 févr. 1930). V. Trib. civil de Bayonne, 1^{er} déc. 1914, et Trib. civ. d'Oran, 19 avril 1915, D. P., 15. 3. 6; Aix, 14 mai 1917, D. P., 17. 2. 109; Reulos, *Manuel des séquestres*, p. 292 et s.; Pinoche, *Le séquestre et la liquidation des biens de sujets ennemis en France et en Allemagne*, thèse Nancy, 1920, p. 44 à 82; Laffrat, *Du régime juridique des séquestres des biens appartenant à des austro-allemands*, thèse Paris, 1916, p. 114 à 132.

(3) Cass., 10 juill. 1876, D. P., 76. 1. 313.

Le principe respecté, quels seront, en règle générale, les pouvoirs appartenant au séquestre nommé par justice ? Ils sont précisés par les tribunaux, qui établissent d'une manière impérative les limites de l'activité de l'administrateur.

Il a été jugé notamment ⁽⁴⁾ que le mandat d'administrer des immeubles conféré à un séquestre lui donnait le droit de consentir des baux à courte durée; par là, il était reconnu que si la mission du séquestre était terminée avant l'expiration du bail, l'acte conservait évidemment sa pleine valeur et devait être respecté par celui qui rentrait en possession de ses biens.

Quelques années plus tard, la Chambre des requêtes ⁽⁵⁾ donnait à un séquestre le pouvoir d'administrer les biens immeubles d'une personne; elle lui reconnaissait ainsi le droit de faire les actes conservatoires et urgents et ceux qui, d'une manière générale, étaient nécessaires à la bonne gestion des biens, hormis ceux qui impliquaient l'aliénation.

Le 2 mars 1920 ⁽⁶⁾, elle attribuait à la femme au cours d'une instance en divorce la gestion d'un des établissements dépendant d'un fonds de commerce apporté par chacun des époux par moitié dans le contrat; elle soumettait d'avance à des règles fixes l'ensemble des opérations qui interviendraient, et celles-ci, régulièrement accomplies, s'imposeraient au mari comme s'il les avait lui-même exécutées.

Notons enfin qu'en temps de guerre, les tribunaux ont

(4) Toulouse, 26 avril 1893, D. P., 94. 2. 856

(5) Req., 21 févr. 1899, D. P., 99. 1. 243.

(6) Req., 2 mars 1920, D. P., 21. 1. 71.

nommé des séquestres ⁽⁷⁾ dans l'intérêt des mobilisés, notamment pour assurer la conservation de leurs droits « avec mission de les gérer et de les administrer ». Ainsi une personne reçoit du juge le pouvoir d'accomplir des actes déterminés quant à une fraction du patrimoine d'un autre sujet de droit, lequel se trouve directement lié par les opérations juridiques prévues dans le mandat qui a été délivré au représentant. C'est un des aspects de la notion de représentation dont le mécanisme se déroule d'une manière identique à celui de la représentation conventionnelle, le pouvoir d'agir ayant seul une origine différente.

Qu'on ne prétende pas au surplus que c'est à l'aide du raisonnement ou en prenant parti d'avance sur une définition quelconque de la représentation que nous avons vu dans ces hypothèses les agissements d'un représentant. La loi affirme dans les termes les plus nets qu'il y a représentation lorsqu'un administrateur a géré le patrimoine d'une personne au nom de celle-ci : « Si le dépôt a été fait par un tuteur, par un mari ou *par un administrateur*, dans l'une de ces qualités, il ne peut être restitué qu'à la personne que ce tuteur, ce mari ou *cet administrateur représentaient*, si leur gestion ou leur administration est finie. » (Art. 1944 C. civ.). C'est toujours en nous fondant sur les textes éclairés par la jurisprudence que nous avons placé les opérations de l'administrateur-séquestre dans le cadre de la représentation judiciaire.

(7) Civ., 14 nov. 1917, D. P., 17. 1. 481.

CHAPITRE III

LA REPRESENTATION LEGALE

Nous resterons dans le domaine de l'observation que nous nous sommes assigné en déclarant que la notion de représentation légale a été trop négligée; elle mérite cependant mieux qu'un simple dédain, ainsi que le montreront les applications qui en sont faites aussi bien par la loi que par la jurisprudence. Après certains heurts inévitables, elle se consolide ou bien acquiert droit de cité, apparaissant alors comme l'instrument indispensable à la bonne marche d'institutions nouvelles.

Le Code civil a vu en elle l'organisme de protection des incapables; le Code de commerce et des lois postérieures l'ont consacrée comme moyen d'action de certains groupements; la jurisprudence l'invoque en matière de solidarité; les tribunaux, appliquant les textes, l'utilisent pour donner force obligatoire aux actes accomplis par des administrateurs du patrimoine de personnes capables.

SECTION PREMIERE

LA REPRÉSENTATION EST UN ORGANISME DE PROTECTION DES INCAPABLES

§ 1. — Le tuteur.

L'article 450 C. civ. stipule que le tuteur est le représentant légal du mineur : « Le tuteur prendra soin de la personne du mineur et le *représentera* dans tous les actes

civils. » Ainsi le mineur ⁽¹⁾, qui est dans l'impossibilité d'agir par lui-même, aura la faculté d'intervenir dans la vie juridique par l'intermédiaire d'une personne qui a pour mission de veiller à ses intérêts : le tuteur. L'incapacité qui le frappe ne condamne pas son patrimoine à l'immobilité; celui-ci se trouvera soumis aux fluctuations ordinaires qui caractérisent le patrimoine de tout sujet de droit : valeurs actives et valeurs passives changeront par l'introduction ou la disparition des éléments concrets soumis à l'action du représentant légal.

En cette qualité, le tuteur peut accomplir une foule d'actes que nous n'énumérerons pas; citons des exemples dans le seul but d'apercevoir la physionomie de la représentation légale appliquée à la tutelle.

Il est d'abord des actes que le tuteur peut faire seul : ce sont ceux que l'on désigne sous le nom d'actes d'administration. Ainsi le tuteur effectue le paiement de sommes dues par le mineur, il accepte des legs particuliers non grevés de charges, il passe des baux n'excédant pas neuf ans, il touche les capitaux dus au mineur... Dans les divers cas de ce genre, le phénomène de la représentation apparaît dans toute sa pureté : le représentant légal passe un acte au nom du pupille en vertu des pouvoirs qui lui ont été donnés par la loi, et les effets se font sentir exclusivement dans le patrimoine du mineur et dans celui du tiers.

Dans d'autres hypothèses, au contraire, des conditions de forme se greffent sur le fait de la représentation juridique : pour que le tuteur puisse mettre en jeu l'institution, l'autorisation du conseil de famille lui est parfois nécessaire. Telle est la règle édictée, par exemple, pour les

(1) Il s'agit ici, naturellement, du mineur non émancipé.

aliénations de valeurs mobilières inférieures à 1.500 francs, pour la conversion de titres nominatifs en titres au porteur, pour l'acceptation ou la répudiation d'une succession... L'autorisation du conseil de famille doit même être homologuée par le tribunal pour les actes les plus graves : signalons l'emprunt, la conversion de valeurs nominatives en valeurs au porteur pour des sommes supérieures à 1.500 francs, l'aliénation de valeurs mobilières au-dessus de cette somme...

Mais le représentant légal ne peut pas, serait-ce après l'observation de formalités supplémentaires, déclencher la représentation lorsque cela serait particulièrement dangereux pour le mineur; c'est ainsi qu'il lui est interdit d'accepter purement et simplement une succession au nom du pupille, d'acheter lui-même des biens du mineur, de faire donation de meubles ou d'immeubles, de convertir des titres nominatifs, des rentes sur l'Etat en titres au porteur... L'interdiction faite au tuteur s'applique, d'ailleurs, au mineur. Il est, en revanche, des actes prohibés au représentant légal qui sont possibles pour le pupille seul, tels le mariage et le contrat de mariage, le testament, que le mineur ne peut faire qu'après l'âge de 16 ans et pour la moitié seulement des biens dont il peut disposer.

Appliquée à la tutelle, la représentation légale apparaît donc sous la forme d'un ensemble de règles mises en mouvement par les volontés concordantes du représentant et du tiers. Pour que la manifestation de ces volontés ressortisse à effet, il est nécessaire que le tuteur agisse dans le cadre qui lui est rigoureusement fixé par la loi; son action est limitée à un double point de vue : dans son étendue, puisque des actes juridiques lui échappent, et, à l'intérieur de sa sphère d'application, elle doit parfois se cour-

ber à l'accomplissement de formalités préalables. De ce simple aperçu, jaillit un des traits distinctifs de la représentation légale, consistant en ce que la volonté du représenté passe au second plan dans la formation de l'acte juridique envisagé; nous verrons s'il en est toujours ainsi car, dans l'affirmative, ce sera un élément auquel il faudra donner une place prépondérante dans l'élaboration de la théorie.

§ 2. — Le père, administrateur légal des biens de ses enfants mineurs.

« Le père est, du vivant des époux, administrateur légal des biens de leurs enfants mineurs non émancipés, à l'exception de ce qui leur aurait été donné ou légué sous la condition expresse d'être administré par un tiers. » (Art. 389 C. civ.)

L'institution de la puissance paternelle ne fera l'objet que d'un simple aperçu, le fonctionnement de la représentation juridique étant quasi identique à celui déjà décrit en matière de tutelle (2).

Pour sauvegarder les intérêts du mineur et faire fructifier son patrimoine, le législateur a organisé la représentation légale : et, du vivant des époux, c'est au père qu'a été confié le soin de lancer le mécanisme que la loi a réglé minutieusement. En effet, « le père, par la puissance qu'il exerce sur ses enfants mineurs, est de droit leur fondé de pouvoir pour toutes les affaires qui les concernent » (3).

(2) Le Code civil donne expressément à l'administrateur la qualité de représentant (art. 1941).

(3) Crim., 2 avril 1927, D., 28. 1. 48. *Addé Req.*, 18 nov. 1923, D. P., 26. 1. 200 : « ... que la requête à fin d'adoption a été présentée par X..., père des enfants mineurs et leur représentant légal. »

Il a donc qualité pour engager le patrimoine de l'enfant, il agit aux lieu et place d'un sujet de droit dont les manifestations de volonté sont déclarées impuissantes à réaliser l'acte juridique. L'enfant observe une attitude passive, et cependant il se trouve lié avec des tiers par l'action de son représentant légal.

Le principe directeur de l'activité de ce dernier a été posé par la loi du 6 avril 1910, qui a complété l'article 389 C. civ. : « Il accomplit seul les actes que le tuteur peut faire seul ou autorisé par le conseil de famille et, avec l'autorisation du tribunal, statuant comme il vient d'être dit, les actes que le tuteur ne peut accomplir sans cette autorisation. »

Ainsi donc, les cas dans lesquels peut se produire le phénomène de la représentation sont ici prévus par le législateur; le concours de volontés du représentant légal et du tiers n'aura de force obligatoire au point de vue juridique que s'il entre dans le cadre délimité. Il est à remarquer d'autre part que la volonté du représenté n'intervient point dans la réalisation de l'acte, le rapport de représentation n'apparaît qu'après les manifestations de volonté du tiers et du représentant légal.

Notons enfin que le père ne peut, à la fois, agir pour lui-même et au nom de l'enfant : « S'il y a opposition d'intérêts entre l'administrateur et le mineur, il est nommé à ce dernier un administrateur *ad hoc* par le tribunal statuant sur requête en chambre du conseil, le ministère public entendu. » (Art. 389 C. civ.).

En vertu de ce texte, il est interdit au représentant de conclure en cette qualité un acte par lequel le patrimoine du mineur et le sien propre se trouveraient liés. La représentation juridique ne se réalisera que lorsqu'elle aura

pour but de créer un lien d'obligation entre le représenté et une personne autre que le représentant légal lui-même; sinon, il faut recourir à l'intervention d'un administrateur *ad hoc*, qui est désigné pour représenter le mineur à l'occasion de l'acte où les intérêts du père et de l'enfant sont en conflit.

§ 3. — L'administrateur des biens de l'aliéné.

Pour protéger les biens de certaines personnes dont les facultés mentales sont altérées, la loi met à la tête de leur patrimoine un administrateur qui représente l'incapable dans l'accomplissement des actes juridiques, ceux-ci impliquant l'existence d'une volonté saine. C'est ainsi que « l'interdit est assimilé au mineur pour sa personne et pour ses biens : les lois sur la tutelle des mineurs s'appliqueront à la tutelle des interdits » (art. 509 C. civ.). Il y a donc représentation : la personne qui a reçu la mission de gérer les biens de l'interdit est son représentant légal. Puisque, sur ce dernier point — l'administration du patrimoine de l'incapable — nous retrouvons les règles relatives à la tutelle des mineurs, des développements sont inutiles.

La représentation légale assure, d'autre part, la gestion des biens de l'aliéné interné sans être interdit : son organisation est prévue par la loi du 30 juin 1838, laquelle, dans son article 31, confère l'administration provisoire aux commissions administratives des hospices ou établissements publics.

La commission choisit un de ses membres pour remplir les fonctions d'administrateur; celui-ci, aux termes du

même article, « procédera au recouvrement des sommes dues à la personne placée dans l'établissement et à l'acquittement de ses dettes; passera des baux, qui ne pourront excéder trois ans, et pourra même, en vertu d'une autorisation spéciale accordée par le président du tribunal civil, faire vendre le mobilier » (4).

Le représentant légal a donc la faculté de passer avec les tiers une série d'actes déterminés, dont les effets tomberont sur la tête du représenté; l'aliéné, incapable de jouer un rôle actif dans la vie juridique, est obligé ou acquiert des droits par l'intermédiaire de son représentant, qui tient de la loi son pouvoir. La volonté du représenté n'est donc en rien dans l'apparition des actes concrets qui réalisent la notion de représentation juridique.

§ 4. — Le mari, administrateur légal des biens de sa femme.

L'article 1428 C. civ., fixant les pouvoirs du mari sur les propres de la femme sous le régime de communauté, stipule : « Le mari a l'administration de tous les biens personnels de la femme... Il ne peut aliéner les immeubles personnels de sa femme sans son consentement. Il est responsable de tout dépérissement des biens personnels de sa femme causé par défaut d'actes conservatoires. »

On sait que la femme mariée sous le régime de communauté est incapable d'agir seule sur la scène juridique. Les

(4) « A défaut d'administrateur provisoire, le président... commettra un notaire pour *représenter* les personnes non interdites dans les inventaires, comptes, partages et liquidations dans lesquels elles seraient intéressées. » (art. 36.) Là encore, consécration de l'idée de représentation.

droits susceptibles d'être exercés quant aux biens communs sont concentrés dans les mains du mari, qui a reçu tous pouvoirs pour engager la communauté.

Et si la femme ne s'est pas réservé, dans le contrat de mariage, le droit de gérer elle-même tout ou partie de ses propres, l'administration de ces biens est confiée de plein droit au mari ⁽⁵⁾, dont les pouvoirs sont limitativement déterminés par la loi. En sa qualité d'administrateur légal, le mari peut percevoir les fruits et revenus des propres de la femme, conclure avec les tiers des contrats relatifs à l'entretien et à la conservation des biens, donner les immeubles à bail suivant les règles édictées par les articles 1429 et 1430 C. civ., recevoir les capitaux dus à la femme à titre de propres et en donner décharge...

Les actes passés par le mari conformément aux pouvoirs qu'il a reçus de la loi sont obligatoires pour la femme; c'est une personne qui agit en son nom avec les tiers et les opérations intervenues lui sont opposables ⁽⁶⁾. Voilà le résultat de la représentation juridique, le mari étant, en l'espèce, le représentant légal de la femme; nous citerons à nouveau l'article 1941 C. civ. pour montrer que nous ne faisons que constater, la loi reconnaissant elle-même la qualité de représentant : « Si le dépôt a été fait par un tuteur, *par un mari ou par un administrateur*, dans l'une de ces qualités, il ne peut être restitué qu'à la personne que le tuteur, *ce mari ou cet administrateur représentaient* si... ».

(5) Sauf en ce qui concerne les biens réservés (L. 13 juill. 1907) et les opérations de prévoyance et d'épargne qui ont été permises à la femme par des lois spéciales.

(6) La situation sera absolument identique au point de vue de la représentation lorsque le mari exercera ses pouvoirs d'administrateur conformément à l'article 1331 (régime sans communauté) ou à l'article 1349 (administration des biens dotaux pendant le mariage).

SECTION II

LA REPRÉSENTATION EST UN MOYEN D'ACTION DE CERTAINS GROUPEMENTS

§ 1. — Le syndic de faillite.

« Les syndics *représentent* la masse des créanciers et sont chargés de procéder à la liquidation. » (Art. 532 C. comm.) Les exemples déjà pris nous ont mis en présence d'une personne, le représentant, agissant pour une autre, le représenté. Le syndic, au contraire, engage une « masse », c'est-à-dire un ensemble de sujets de droit auxquels la loi fait subir les effets des actes accomplis; l'opération qu'il conclut en cette qualité lui est étrangère, elle tombe immédiatement dans le patrimoine du groupe formé par les créanciers du failli. Le syndic doit toujours, bien entendu, agir dans la limite de ses pouvoirs et se soumettre aux conditions de formes s'il en existe.

La qualité de représentant légal attribuée au syndic de faillite est invoquée sans cesse par la jurisprudence, lorsqu'elle a à se prononcer sur les actes relatifs à ses attributions, dans une formule se rapprochant de celle que nous empruntons à la Chambre des requêtes (7) : « Attendu qu'il résulte des articles 443 et 532 C. comm. que, depuis le jugement déclaratif de la faillite jusqu'au jugement qui en prononce la clôture, le syndic représente la masse des créanciers... » Essayons d'indiquer, dans un tableau succinct mais complet, l'organisation d'une des formes de la

(7) Req., 10 nov. 1890, S., 91. 1. 241.

représentation collective qui s'offre à notre observation.

Lorsqu'un commerçant est déclaré en faillite, l'administration de ses biens lui est retirée et confiée à une personne mise par la loi à la tête de son patrimoine : le syndic. Celui-ci est, d'après l'article 532 C. comm., le représentant légal de la masse des créanciers, qui ne peuvent plus opérer de poursuites individuelles; il est aussi le représentant légal du failli, puisque ce dernier est dessaisi au profit de l'administrateur légal de ses biens. La jurisprudence a toujours reconnu que « les syndics sont les représentants légaux de la masse et du failli » (8); ils mettront en jeu la représentation juridique à l'occasion des actes nécessaires à l'administration de l'actif, dont ils sont chargés pendant que se déroulera la procédure de la faillite.

En sa qualité de représentant légal, le syndic peut effectuer des actes conservatoires des droits du failli : il opère le recouvrement des effets de commerce à leur échéance, il fait inscrire des hypothèques, et notamment l'hypothèque légale de la masse (art. 490), il donne valablement quittance aux débiteurs (art. 471). Ses actes profiteront ou seront opposables à la masse, ainsi qu'au failli, comme si celui-ci les avait accomplis.

La masse des créanciers, en tant que telle, a des droits à exercer sur l'ensemble des biens du débiteur. Et il ne s'agit pas seulement de l'actif tel qu'il se présente au moment de la cessation des paiements; le patrimoine du failli a pu être diminué par la réalisation d'actes frauduleux. Le syndic reçoit la mission de recouvrer au nom de la masse ces éléments patrimoniaux qui étaient sortis des mains du commerçant.

(8) Civ., 12 mars 1873, S., 73. 1. 398.

L'article 470 C. comm. donne au représentant légal la faculté de procéder, avec l'autorisation du juge-commissaire, à la vente des objets mobiliers dispendieux à conserver ou sujets à dépérissement. Quant aux autres biens meubles du failli, le syndic peut aussi en vendre certains s'il le juge opportun ou si la mesure est nécessaire pour obtenir les fonds indispensables à la poursuite des opérations; avant de l'y autoriser, le juge-commissaire devra alors consulter au préalable le failli. La vente des immeubles sera possible avec le consentement du failli et l'autorisation du tribunal de commerce, suivant la procédure indiquée par l'article 573.

Le législateur a même donné au syndic la possibilité de transiger, ce qui dépasse les pouvoirs normaux de l'administrateur; puisque, après le dessaisissement, les poursuites individuelles sont interdites et que les droits des créanciers sont concentrés entre les mains de leur représentant légal, il faut que le syndic puisse non seulement représenter la masse dans les instances qu'il engage, mais terminer ou éviter un procès par une transaction qu'il juge opportune. C'est toujours l'intérêt des créanciers qui est pris en considération. Mais, comme il s'agit d'un acte grave, la loi a pris des précautions : pour conclure ce contrat, le syndic est dans l'obligation de consulter le failli et les contrôleurs et de se faire autoriser par le juge-commissaire. En outre, si l'objet de la contestation est d'une valeur indéterminée ou supérieure à 300 francs, l'opération devra être homologuée par justice; si le failli s'oppose à la transaction, le tribunal pourra passer outre, à moins qu'il ne s'agisse de droits immobiliers (art. 487 C. comm.). Remarquons qu'au cas où l'opposition du failli est écartée, le rapport de représentation n'en naîtra pas moins à son

encontre; le représenté a déclaré, au préalable, qu'il refusait de souscrire à l'acte du représentant, et cependant, malgré une déclaration de volonté contraire, il devra respecter et subir l'opération traitée avec un tiers par le syndic. La représentation juridique se réalise par la force qu'elle emprunte à la loi.

En dehors des actes dont la réglementation est rigoureusement établie par le législateur, le syndic peut être amené pendant la procédure préparatoire de la faillite à accomplir une foule d'autres pour lesquels son activité s'exercera plus librement. La loi lui permet (art. 470 C. comm.), avec l'autorisation du juge-commissaire, de continuer provisoirement l'exploitation commerciale ou industrielle du débiteur; il évitera ainsi la dispersion de la clientèle, il empêchera l'arrêt absolu de l'établissement dont la situation est critique mais non désespérée, de sorte que le failli pourra reprendre son commerce sur des bases nouvelles sans que l'organisme qu'il gérait ait été interrompu. Pour assurer la continuation de la vie commerciale, le syndic prendra, en cette qualité, de nombreux engagements avec les tiers : il est admis que, lorsque ces derniers deviennent créanciers, ils ont le droit d'être payés sur l'actif de la faillite par préférence aux créanciers qui constituent la masse; ils ont la masse pour débitrice. Les obligations assumées par le représentant légal doivent être respectées par le failli et elles s'imposent directement aux représentés, en l'espèce l'ensemble des créanciers formant la masse. Une personne, le syndic, passe des actes juridiques avec les tiers au nom d'un certain nombre de personnes; les effets lui sont absolument étrangers, ils tombent aussitôt sur la tête des représentés.

La situation décrite est celle du syndic, chargé de l'ad-

ministration de l'actif jusqu'à l'obtention du concordat; mais le concordat peut ne pas être accordé au commerçant. Les créanciers se trouvent par le fait même en état d'union, leur groupement se continue en vue de la réalisation et de la répartition entre eux de l'actif du débiteur. Le syndic de l'union sera leur représentant légal en même temps que celui du failli; il jouira de larges pouvoirs, grâce auxquels il se livrera à une série d'opérations tendant vers un seul but : la réalisation des deniers. Outre les actes permis au représentant légal pendant la procédure préparatoire, le syndic a le droit de procéder à la vente des meubles de toutes sortes, corporels et incorporels, y compris le fonds de commerce; ces aliénations sont placées sous la surveillance du juge-commissaire. Le failli n'est plus consulté; les opérations effectuées lui seront opposables parce que le syndic reçoit de la loi le pouvoir de les accomplir en engageant par le fait même le représenté. Quant aux immeubles, la vente doit en être poursuivie dans la huitaine de l'ouverture de l'union. Signalons enfin que des transactions peuvent intervenir pour tous les droits dont le recouvrement n'a pas encore été opéré et que l'opposition du failli ne doit plus être retenue lorsqu'il s'agit de droits immobiliers, comme dans la procédure préparatoire.

Dans ce bref aperçu des pouvoirs du syndic de faillite, nous avons vu la représentation juridique organisée minutieusement par le législateur. Le représentant légal traitant avec des tiers met en mouvement le rapport de représentation : l'acte accompli, sa personnalité disparaît, un lien d'obligation est créé entre le tiers et les divers représentés et ceux-ci sont engagés directement en vertu d'une règle édictée par la loi. Et le législateur précise, dans certains cas, que l'acte passé par le représentant légal obligera le représenté malgré son opposition préalable.

§ 2. — Les administrateurs des personnes morales.

L'intitulé du paragraphe ne manquera pas de surprendre le lecteur, qui trouvera hardie la place attribuée dans un simple exposé des faits aux administrateurs des personnes morales. Nous nous arrêtons, en effet, dans le plein champ des controverses juridiques, de sorte que la diversité des systèmes proposés paraît des plus bizarres s'il suffisait de constater pour découvrir la véritable notion.

Tant que la personne morale a été considérée comme une fiction ⁽⁹⁾, il a été admis, sans aucun doute, que les administrateurs qui leur étaient donnés avaient pour but de la représenter, qu'ils étaient bien des représentants au sens exact du mot. L'être fictif était incapable de manifester au dehors une volonté qui lui fût propre; il agissait par l'intermédiaire de personnes physiques qui étaient ses représentants. Ceux-ci passaient au nom de la personne morale des actes juridiques dont les effets se produisaient directement et immédiatement dans le patrimoine de la masse.

Mais une thèse nouvelle, lancée par l'Ecole germaniste sous la plume d'éminents auteurs tels que Gierke, Laband, Jellinek, allait bousculer la formule surannée de la fiction pour lui substituer, allant d'un extrême à l'autre, la « théorie de l'organe », qui voit dans la personne morale un être collectif réel comparable en tous points à la personne physique. La loi reconnaît l'existence de la personne morale, elle ne la crée point; la raison d'être de cette existence,

(9) Laurent, *Droit civil français*, t. I, p. 369; Saintelette, *Etude sur les personnes morales*, p. 248; Ch. Beudant, *Cours de droit civil français*, 1896, t. I, p. 1 et s.; Ducrocq, *Cours de droit administratif*, 7^e éd., t. IV et VI.

c'est le fait d'une volonté collective nettement distincte de la volonté des individus.

Comment la personne morale, agira-t-elle au dehors, comment manifestera-t-elle son activité à l'égard des tiers? « La volonté et l'agir corporatif apparaissent comme l'action vitale d'une personnalité immanente à la collectivité, qui se manifeste efficacement dans le domaine du droit en tant qu'elle est exprimée par l'organe externe appelé par le droit. » (10).

Qu'entendre par « organe externe »? Les organes sont les moyens d'action du groupement, mais non ses représentants. La personne morale, en effet, est constituée au premier chef par l'existence d'une volonté qui est la résultante des volontés individuelles; mais pour que sa personnalité juridique soit complète, il faut que cette volonté puisse être traduite au dehors, il est nécessaire que l'être collectif ait la faculté d'extérioriser l'objet de son vouloir.

Le but est réalisé par l'attribution d'administrateurs qui sont les organes de l'association; ils ne constituent pas, remarquons-le bien, des personnes distinctes, ils n'ont pas de volonté propre, ils ne forment pas des éléments pouvant être détachés du corps juridique qu'est la personne morale. Ils reproduisent à l'extérieur la volonté collective, rendant ainsi au groupement des services identiques à ceux que la personne physique retire de l'usage de la bouche ou du bras. De sorte que nous serions loin du phénomène de la représentation, dont le lecteur a déjà aperçu le fonctionnement. « L'organe, avance Jellinek (11), se distingue

(10) Gierke, *Genossenschaftstheorie*, 1887, p. 624; cité dans Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 488.

(11) Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, trad. Fardis, Paris, 1911-1913, t. II, p. 248.

de toute autre sorte de représentation parce que le représentant et le représenté sont et restent deux, le groupe et l'organe sont et restent une seule et même personne. »

La même idée est défendue par Laband, dont la thèse est résumée par Michoud en ces termes : « Entre la notion d'organe et celle de représentant légal, il y a, dit par exemple Laband, une différence spécifique : la qualité de représentant peut découler soit d'un acte juridique, soit de la loi; la qualité d'organe découle, au contraire, de la constitution même de la personne morale. » (12).

Le refus catégorique de la qualité de représentants prononcé contre les administrateurs des personnes morales ne satisfait point M. Mestre; le savant professeur croit plutôt que ces agents participent aux deux qualités à la fois : « organes, puisqu'ils expriment la volonté d'une personne; représentants, puisqu'ils sont à leur tour des personnes distinctes dont la volonté individuelle se confond avec la volonté collective du groupe au nom duquel ils sont chargés de parler. Nous proposons donc de les nommer organes représentatifs » (13).

M. Michoud, au contraire, insiste pour que soient nettement établies la nature juridique de l'organe et sa distinction avec des notions qui ne sont pas suffisamment dégagées : « L'organe de la personne morale, écrit-il (14), doit être distingué du préposé de cette personne. La différence entre l'un et l'autre consiste en ce que l'organe est conçu comme partie intégrante de la personne morale, alors que

(12) Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, t. I, 2^e éd., n^o 60, p. 128.

(13) Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, thèse Paris, 1899, p. 220

(14) Michoud, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 2^e éd., t. II, n^o 189, p. 43.

le préposé est un tiers chargé par les organes eux-mêmes d'exécuter pour son compte certains actes... Dans une société anonyme, l'assemblée générale des actionnaires, le conseil d'administration et les administrateurs délégués sont des organes; les directeurs techniques et tous les employés sous leurs ordres sont des préposés. »

La qualité qui caractérise les administrateurs des personnes morales est donc l'objet des plus vives controverses. Malgré l'incertitude qui règne dans la doctrine, nous affirmons pouvoir maintenir à ces agents la place que nous leur attribuons, en nous contentant de décrire les faits.

Le juriste ne doit point se borner aux considérations théoriques, quelque attrayante que soit pour lui la recherche de nouvelles constructions techniques : il doit toujours rester attentif aux phénomènes que lui décèle l'observation.

Or, si nous observons, une remarque jaillit, impérieuse : la jurisprudence qualifie depuis longtemps et continue d'appeler « représentants légaux » les administrateurs des personnes morales et des textes établissent le bien-fondé de cette jurisprudence.

Le 30 juillet 1895 ⁽¹⁵⁾, la Chambre des requêtes statue sur l'espèce suivante : les administrateurs d'une société anonyme ont, dans l'exercice de leurs attributions, pratiqué des manœuvres frauduleuses et commis un dol. La société a-t-elle à supporter les conséquences de l'acte en réparant le préjudice causé aux tiers de bonne foi, ou, au contraire, peut-elle, en se retranchant derrière la personne des administrateurs, opposer une fin de non-recevoir à l'action in-

(15) Req., 30 juill. 1895, S., 96. 1. 288.

tentée contre elle.¹⁾ Elle est déclarée responsable, « attendu, déclare la Cour suprême, que les administrateurs sont *les représentants légaux* de la compagnie ».

Reproduisons simplement un arrêt de la Chambre civile du 13 janvier 1872 ⁽¹⁶⁾ qui est des plus significatifs à cet égard : « Attendu que dans la société en commandite le gérant est *le représentant légal de la société*; qu'il la personnifie dans ses rapports avec les tiers; que, lorsqu'il a contracté avec ceux-ci dans la sphère de ses attributions, c'est la société elle-même qui a contracté. »

S'agissant de deux types de personne morale, la société anonyme et la société en commandite, la jurisprudence pose dans les termes les plus formels la qualité de représentants légaux inhérente aux administrateurs. Ceux-ci concluent des actes juridiques au nom de la personne morale; les effets tombent dans le patrimoine de la masse, c'est elle qui est obligée au lieu et place de ses représentants. Si l'on envisage les conséquences des opérations traitées avec les tiers, la situation est exactement la même que si la personne morale avait pu elle-même contracter.

Ce ne sont pas, au surplus, des décisions isolées ou des formules désuètes dont la pratique a eu hâte de se débarrasser; elles constituent des assertions que la jurisprudence reproduit journellement et qu'elle consacre avec fermeté, sans se soucier des savantes analyses de la doctrine, aux termes desquelles la qualité de représentants était refusée aux administrateurs des personnes morales.

Le 13 mai 1929 ⁽¹⁷⁾, la Chambre des requêtes rejette le pourvoi de deux actionnaires dont la demande en inter-

(16) Civ., 13 janv. 1872, S., 72 1. 9.

(17) Req., 13 mai 1929, S., 1929. 1. 289.

vention avait été déclarée irrecevable par la Cour d'appel d'Aix; elle fonde sa décision sur le fait que la société « a été assignée devant le Tribunal de commerce en la personne de *ses représentants légaux, c'est-à-dire ses administrateurs et son conseil d'administration* ».

La Cour d'Agen, statuant dans une autre espèce comme juridiction de renvoi ⁽¹⁸⁾, proclame un principe d'ordre général à l'occasion de la question d'espèce qui lui est soumise, en décidant « *qu'une société personne morale, alors que l'action dirigée contre elle a un caractère social et qu'elle touche, comme dans l'espèce, à l'existence même de la société, doit être mise en cause et elle ne sera valablement assignée que dans la personne de ses représentants légaux...* »

Pour la Cour de cassation, le point que nous développons doit être admis avec la valeur d'un des principes les plus certains : les administrateurs d'une société personne morale sont ses représentants légaux.

Mais les deux derniers arrêts invoqués se réfèrent au droit de la procédure; aussi n'auront-ils peut-être pas aux yeux de certains la portée générale que nous leur avons attribuée. Les décisions de la jurisprudence auraient-elles été aussi nettes si elle avait dû affirmer que l'administrateur avait représenté la société personne morale dans l'accomplissement d'un acte juridique entrant dans l'objet social de la dite société?

L'affirmative est soutenue par la Chambre civile, le 30 octobre 1928 ⁽¹⁹⁾, dans des dispositions auxquelles on

(18) Agen, 20 nov. 1928, *Journ. des soc.*, 1930, p. 211. Dans cette espèce, la Cour d'Agen s'est prononcée dans le même sens que la Chambre civile de la Cour de cassation (arrêt du 1^{er} août 1927, *Journ. des soc.*, 1928, p. 86).

(19) Civ., 30 oct. 1928, D., 1930. 1. 9, note Chéron.

ne pourrait précisément pas reprocher de laisser la question dans le vague. Aux termes de la loi du 24 juillet 1867 (art. 24), la déclaration de souscription d'actions et de versement dans les sociétés par actions doit être faite par les fondateurs de la société et constatée dans un acte notarié. Les fondateurs qui ont élaboré les statuts sont tenus de comparaître par eux-mêmes ou par mandataires; s'il y a mandat, il doit, comme l'acte en vue duquel il est passé, être également notarié.

La Cour d'Amiens avait admis qu'il n'y avait pas à tenir compte du mandat sous seing privé conféré à l'un des administrateurs « étant donné que celui-ci, aux termes de l'article 18 des statuts... déposés au rang des minutes d'un notaire et ayant force authentique, avait de plein droit, en tant qu'administrateur, pouvoir et qualité pour la représenter à toutes les opérations rentrant dans l'objet social »

La thèse de la représentation de la société par les administrateurs ne pouvait être établie avec plus de netteté. A-t-elle reçu un correctif de la part de la Chambre civile? Nullement.

Si l'arrêt de la Cour d'Amiens est cassé, c'est parce que la disposition statutaire à laquelle il se réfère « n'est pas applicable aux faits de la cause; qu'elle vise uniquement la représentation de la société par le conseil d'administration » et qu'ainsi elle ne saurait tenir lieu du mandat authentique exigé dans l'espèce.

La Cour suprême condamne donc une fausse application du principe d'après lequel les administrateurs sont les représentants de la société, mais elle ne porte aucune atteinte au principe lui-même, qu'elle laisse intact dans toute son étendue. Et cependant la formule adoptée par la Cour d'Amiens était des plus larges puisqu'il était dit qu'en

cette qualité l'administrateur avait le pouvoir de représenter la personne morale « à toutes les opérations rentrant dans l'objet social ». La Cour de cassation rappelle seulement que la disposition ne doit être appliquée qu'à la « représentation de la société par le conseil d'administration ».

De l'exposé de la jurisprudence découle une constatation que nous nous contentons d'enregistrer : les administrateurs des personnes morales sont des représentants légaux. Ils passent avec des tiers des actes juridiques, ou, pour user d'une formule plus générale, ils accomplissent des opérations dont les effets se produisent uniquement dans le patrimoine du tiers et dans celui de la personne morale; agissant dans la limite des pouvoirs dont ils sont investis, ils restent étrangers aux affaires qu'ils traitent, le lien d'obligation est créé directement entre la personne morale et le tiers contractant.

Cette thèse, nous l'avons indiqué, n'est pas due au seul travail de la jurisprudence; son point de départ réside dans des textes dont elle tient son autorité. La loi du 24 juillet 1867, relative aux sociétés par actions, stipule que le conseil d'administration n'est pas autre chose que le mandataire de la société : « Les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires à temps, révocables, salariés ou gratuits, pris parmi les associés. » (Art. 22, § 1.)

Dans les cas très rares, pour ainsi dire inconnus, où il n'y a qu'un seul administrateur, c'est bien simple : il accomplit, en qualité de représentant légal, tous les actes nécessaires à la gestion de la société conformément aux pouvoirs qui lui ont été donnés dans les statuts. Mais, en général, il est fixé un nombre minimum d'administrateurs;

c'est alors le conseil d'administration, pris dans son ensemble, qui est le mandataire de la société; c'est aux administrateurs, délibérant en commun, que l'assemblée générale a conféré les pouvoirs. Les délibérations sont prises à la majorité, laquelle représente seule la société; l'administrateur dissident n'engagerait pas la personne morale en concluant l'acte juridique qui a été écarté par la décision majoritaire.

En déclarant que les administrateurs des sociétés anonymes sont des « mandataires », la loi leur reconnaît donc la qualité de représentants. Et le législateur a bien vu toute la portée de l'expression puisqu'il édicte, dans l'article 22, § 2 : « Les mandataires (les administrateurs) peuvent choisir parmi eux un directeur ou, si les statuts le permettent, se substituer un mandataire étranger à la société et dont ils sont responsables envers elle. »

La qualité de représentant étant conférée par la loi, la jurisprudence s'est bornée à ranger les administrateurs des personnes morales dans le groupe auquel ils appartiennent : celui des représentants légaux.

§ 3. — Les représentants des porteurs de parts de fondateurs.

C'est la loi du 23 janvier 1929 qui a consacré en cette matière la notion de représentation; elle est ainsi venue répondre à des besoins sociaux sur lesquels la doctrine avait maintes fois attiré l'attention du législateur, ses remarques étant dictées par les difficultés dans lesquelles se débattait la jurisprudence et par l'examen de la situation désavantageuse faite aux porteurs de parts en face des actionnaires. Quels sont les faits qui ont amené l'inter-

vention du législateur? L'appellation donnée à ces titres ne doit pas faire croire que les fondateurs de la société sont les seuls à les posséder. Les parts bénéficiaires ⁽²⁰⁾ ont pour but de récompenser ceux qui ont rendu des services, et la pratique actuelle les attribue, par exemple, aux premiers actionnaires ou à une catégorie intéressante d'entre eux, et même, de plus en plus, aux simples créanciers de la société en paiement de leurs droits : ainsi, contre remise concordataire de son passif exigible, une société par actions en liquidation présentera des parts de fondateurs aux divers créanciers, eu égard au montant de leurs créances respectives ⁽²¹⁾.

Ces parts bénéficiaires ont droit à une quote-part sur les bénéfices éventuels de la société; la rémunération dont elles seront l'objet est portée, au moment où la société prend naissance, dans un contrat synallagmatique qui sera visé par le pacte social ou bien leur création sera due à une assemblée générale ultérieure qui fixera elle-même la quote-part des bénéfices attribués et qui fera insérer la décision dans le pacte social qu'elle a modifié.

Puisque les porteurs sont appelés à recevoir une partie des bénéfices, des conflits doivent fatalement s'élever avec ceux qui sont intéressés au premier chef aux résultats

(20) Nous emploierons indistinctement, comme la loi du 23 janvier 1929, les expressions « part de fondateur » et « part bénéficiaire ».

(21) Les titres seraient en bien peu de mains s'ils étaient la propriété des fondateurs seuls, dans le sens donné à ce terme par la Cour de cassation, le 1^{er} juillet 1930 : ceux qui ont concouru à la mise en mouvement de la société doivent, pour recevoir la qualité de fondateur, avoir pris « une part d'initiative dans les actes qui ont abouti à la création de l'entreprise, sous sa forme sociale, ou prêté en connaissance de cause aux véritables promoteurs de la société une coopération assez directe, assez étroite et assez constante pour qu'elle implique d'elle-même une acceptation consciente des responsabilités inhérentes à la constitution du corps social. » (*Gaz. Pal.*, 24 oct. 1930.)

financiers : les actionnaires. Venant ensemble au partage d'une même masse, des heurts sont inévitables. Il s'agit d'abord de fixer le quantum des bénéfices partageables : quoique soumise à des dispositions impératives sur certains points, l'assemblée des actionnaires a les coudées assez franches pour prendre des mesures qui diminueront sensiblement l'actif à distribuer. Ainsi, une masse importante pourra être affectée à la constitution de réserves extraordinaires, la quasi-totalité des bénéfices consacrée pendant quelque temps à l'extension de la société ou à l'organisation de bases plus solides. Sans doute, le porteur de parts est intéressé à la bonne marche de l'association, mais s'il avait compté sur la distribution actuelle des dividendes[?] (22).

Toutefois, ajoutera-t-on, la quote-part a pu être fixée forfaitairement : ces mesures ne peuvent donc causer de préjudice aux porteurs de parts[?] Il en est d'autres qui ne sont pas moins sévères à leur égard. La société est dissoute par anticipation : sans doute, la jurisprudence a déclaré que la dissolution ne peut intervenir avant le terme convenu que s'il y a eu de justes motifs (23). Mais les porteurs sont disséminés; l'un d'eux devra-t-il assumer le poids de la procédure pour vaincre la masse organisée que constituent les actionnaires[?] Comment se défendront-ils si le

(22) Il a été décidé que la perspective du partage éventuel d'un bénéfice de liquidation ne pourrait remplacer la répartition actuelle des dividendes (Paris, 16 juin 1901, D. P., 1902. 2. 40).

(23) Cass. 29 févr. 1888, S., 89. 1. 417. La jurisprudence est encore intervenue pour juger des combinaisons tendant à frustrer les porteurs au profit des actionnaires : elle les a annulées, sauf si les mesures étaient imposées par les circonstances dont il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement la gravité (Cas., 3 juin 1924, D., 24. 1. 473. *Adde Trib. comm., Marseille, 13 janv. 1921, Journ. des soc., 1921, 110; Aix, 16 janv. 1922, S., 23. 2. 129, note H. Rousseau.*)

rachat des parts de fondateurs est décidé par la société? Les actionnaires auront toujours tendance à les évincer soit pour employer les sommes dues au développement de la société, soit pour augmenter leur propre part.

Avant la loi du 23 janvier 1929, les porteurs de parts bénéficiaires étaient dans une situation défavorable vis-à-vis des actionnaires. D'autant plus que ceux-ci sont organisés dans une masse, laquelle permet aux divers membres qui la constituent de se connaître, de se consulter, de prendre en commun des décisions dont l'exécution sera confiée à des mandataires; les résolutions des assemblées doivent être le reflet de la loi de la majorité et elles obligent alors tous les actionnaires. La masse vit, agit, et, pour que soient protégés d'une façon sûre les intérêts pécuniaires dont elle a la charge, la loi a édicté des mesures destinées à tenir les membres au courant de tout ce qui concerne les affaires sociales, tels les rapports du conseil d'administration et des commissaires de surveillance, les explications dont les rapports peuvent être l'objet.

Les porteurs de parts de fondateurs se trouvaient, au contraire, isolés : pour défendre les avantages pécuniaires qui leur avaient été concédés, ils ne disposaient que de l'action individuelle; seul, le porteur devait supporter tout le poids de son intervention, seul, il aurait à s'engager contre une masse organisée, seul, il lui fallait faire preuve d'initiative et ne compter que sur lui-même alors que la collaboration avec les autres détenteurs de titres lui aurait été des plus utiles. Ajoutez que son action était entravée du fait que tout droit de contrôle lui était refusé; habituellement, il n'avait pas le droit d'assister aux assemblées générales d'actionnaires et il était admis qu'il ne pouvait prendre connaissance des livres sociaux. Dans

la pratique; les statuts stipulaient fréquemment que les porteurs de parts s'interdisaient de critiquer les résolutions des assemblées générales. L'imprécision de la formule n'était pas sans danger si la société débitrice n'agissait pas avec une absolue bonne foi.

La nécessité d'un groupement des porteurs était donc manifeste : il fallait permettre aux titulaires des parts bénéficiaires de prendre contact et de délibérer en commun pour assurer la défense de leurs intérêts.

Hâtons-nous d'ajouter que le groupement n'était pas une arme dont le rôle unique serait de servir les intérêts des porteurs de parts; son utilité au regard de la société ne se révélait pas moindre. Il était quelquefois nécessaire de modifier certaines clauses du pacte social qui faisaient en même temps partie du contrat conclu avec les porteurs de parts; les circonstances économiques commandaient la réalisation de ces transformations. Comment les opérer? Puisqu'il s'agissait d'un contrat, seul un nouvel accord des volontés pouvait anéantir le premier acte. Et alors se dressaient les difficultés, mieux, l'impossibilité de l'opération : par quels moyens obtenir l'adhésion individuelle des porteurs de parts? Le fait brutal, qui était ici un obstacle insurmontable, était la forme au porteur revêtue le plus souvent par les titres : comment atteindre les propriétaires, dont on ignorait même les noms? Y serait-on parvenu, le problème était à peine posé mais non résolu; il fallait alors recueillir le consentement unanime des intéressés, car, en l'absence d'une disposition légale, les dissidents ne pouvaient être contraints à suivre la décision de la majorité.

Ainsi l'expérience montrait qu'il n'était pas possible de laisser disséminés les porteurs de parts bénéficiaires; ces

derniers devraient être groupés et leur groupement recevoir une organisation qui leur permît d'agir.

Les remarques que nous avons faites ne sont que la reproduction des faits, puisque, depuis longtemps déjà, la jurisprudence a eu à se prononcer sur des questions se rattachant aux groupements desdits porteurs, construits sous la poussée irrésistible des besoins sociaux.

Le 15 avril 1902 ⁽²⁴⁾, la Chambre des requêtes attribue à ces groupements la qualité de sociétés : « Attendu que le contrat ainsi passé... entre les comparants avait tous les caractères d'une société, puisque, conformément à l'article 1832, leurs droits dans la participation étaient mis en commun en vue de partager le bénéfice qui pourrait en résulter... » La Cour de cassation rattachait ainsi à une catégorie juridique existante les manifestations des nouveaux groupements qui se présentaient à elle. Nous ne discuterons pas le bien-fondé d'une telle décision, ce qui nous entraînerait loin de notre sujet.

Indiquons seulement que l'arrêt de la Cour suprême ne fixa point la jurisprudence, ainsi qu'en témoigne un jugement du Tribunal de commerce de la Seine rendu le 11 janvier 1927 ⁽²⁵⁾, et aux termes duquel « on chercherait vainement dans les groupements de parts bénéficiaires les éléments constitutifs de la société visée par l'article 1832 C. civ. »; au surplus, on ne trouve même pas dans ces groupements « les caractéristiques de l'association soumise aux formalités prévues par la loi du 1^{er} juillet 1901 ». Le Tribunal de commerce y voyait plutôt « une sorte d'association en participation ne possédant aucune personnalité

(24) Req., 15 avril 1902, S., 1903. 1. 289.

(25) Trib. comm. Seine, 11 janv. 1927, *Journ. des soc.*, 1927, p. 288.

morale, mais dans laquelle les rapports des participants sont réglés par les conventions qui font la loi des parties ».

Le groupement des porteurs de parts recevait une qualification juridique nouvelle, mais il fallait lui donner des moyens d'action, la possibilité de manifester au dehors la volonté de ses membres, la faculté de conclure des actes juridiques indispensables. Il était fait appel à la notion de représentation juridique : « Cette association agit au dehors par l'intermédiaire de gérants choisis comme *mandataires* communs et acceptés par les porteurs de parts du seul fait qu'ils sont porteurs et ont connaissance des clauses insérées aux statuts... » Le groupement exercera son activité à l'égard des tiers, et notamment vis-à-vis de la société débitrice, au moyen de représentants conventionnels dont les représentés acceptent le rôle par l'acquisition même du titre; dans quelle mesure et en vertu de quels pouvoirs ces « mandataires communs » engageront-ils la masse qu'ils représentent? Est-il nécessaire que l'unanimité des porteurs confère le mandat? Il suffit que la majorité donne aux représentants le pouvoir d'agir, déclara le Tribunal de commerce de la Seine, car « le principe que la majorité doit imposer sa loi à la minorité n'est contraire à aucune règle d'ordre public et doit être admis comme manifestation d'une volonté contractuelle ».

C'était là, à n'en pas douter, une solution des plus hardies qui pouvait invoquer en sa faveur l'impérieuse nécessité d'admettre ce principe lorsqu'il s'agit d'organiser un groupement d'individus ayant des intérêts communs à débattre; mais quelque légitime que fût la satisfaction des besoins sociaux, elle ne pouvait être réalisée par les procédés d'une technique juridique dont l'élaboration et l'application à l'espèce étaient réservées au législateur. La

jurisprudence avait seulement la possibilité d'adapter l'organisation nouvelle aux cadres existants. Puisqu'elle utilisait la notion de mandat, elle devait la faire fonctionner telle qu'elle a déjà été décrite : le représenté donnant au représentant le pouvoir d'agir à sa place. Mais alors comment prétendre qu'il y avait mandat de la part de la minorité? Au surplus, l'insuffisance de la technique juridique appliquée dans le jugement était mise en lumière quelques mois plus tard par la jurisprudence elle-même.

Sages, en effet, nous paraissent les indications de la Cour de Bordeaux décidant, le 28 novembre 1927 ⁽²⁶⁾, que « le vrai terrain du débat se trouve dans l'examen de la portée d'une décision... prise par la majorité, mais non l'unanimité des porteurs de parts ». L'existence du groupement implique la faculté pour ce dernier de vivre et d'agir : quels seront ses moyens d'action? Un seul ou quelques-uns des membres pourront-ils en arrêter le mécanisme par des manifestations de volonté contraires à celle de la majorité? Voilà le nœud de la question. La vie même du groupement est compromise si la réponse est affirmative : ce fut cependant celle de la Cour de Bordeaux : « Attendu, à cet égard, que s'il est vrai que les statuts contiennent l'obligation pour les porteurs de parts de se réunir en une société civile qui serait plutôt d'ailleurs une association qu'une société, par contre, ils laissaient dans l'imprécision les conditions d'établissement et de fonctionnement de cette association; qu'ainsi l'obligation ... exigeait pour son établissement l'accord des volontés de la totalité des porteurs. » L'unanimité n'ayant pas été obtenue, les délibérations de l'assemblée générale des actionnaires n'étaient pas opposables à la minorité des porteurs. Ces derniers tenaient leurs

(26) Bordeaux, 28 nov. 1927, *Journ., des soc.*, 1929, p. 206.

avantages d'un « véritable lien contractuel » avec la compagnie; seul, un accord de volontés pouvait défaire l'obligation, et puisque cette condition n'avait pas été remplie à l'égard de tous, la situation juridique née du contrat subsistait en faveur des dissidents.

La décision de la Cour de Bordeaux était inattaquable, considérée au point de vue de la technique juridique. Elle faisait une exacte application des règles de dissolution des contrats comme des dispositions relatives au mandat, lequel implique l'attribution par le mandant du pouvoir de représentation, mais la vie même du groupement était rendue impossible : quelques-uns des membres pouvaient, par leur seule volonté, entraver le fonctionnement de l'organisme ou arrêter sa marche. De sorte que la jurisprudence avait à résoudre le dilemme suivant : ou bien elle permettait le fonctionnement de la masse des porteurs en vertu du principe que la majorité impose sa loi à la minorité, mais alors elle ne trouvait aucun texte à son appui; ou bien elle appliquait les règles du mandat, mais alors le groupement était dans l'impossibilité de passer les actes juridiques nécessaires.

S'inspirant des besoins sociaux, qui se manifestaient clairement dans les décisions jurisprudentielles, la loi du 23 janvier 1929 a consacré l'idée de représentation légale comme moyen d'action du groupement des porteurs de parts.

Aux termes de l'article 11, « l'assemblée générale des porteurs de parts peut nommer un ou plusieurs représentants de la masse des parts et elle fixe leurs pouvoirs. Elle notifie les nominations à la société » (27).

(27) La nomination du représentant est obligatoire quand il s'agit d'engager, au nom de la masse et contre la société, une action concernant l'exercice des droits communs à toutes les parts (art. 13).

Il est à remarquer que, par le fait même qu'ils sont désignés, les représentants reçoivent de la loi diverses prérogatives. Nous avons vu que l'une des raisons pour lesquelles les porteurs se trouvaient en état d'infériorité vis-à-vis des actionnaires consistait dans le défaut de contrôle; le législateur de 1929 a remédié à cette situation désavantageuse en donnant aux représentants « le droit d'assister aux assemblées générales des actionnaires (mais sans voix délibérative, à peine de nullité des délibérations) » (art. 11, § 3).

Dorénavant, un organe de contrôle existe, et, pour qu'il dispose de moyens efficaces dans l'accomplissement de la mission qui lui est confiée, l'article 11 ajoute :

« Ils (les représentants) ont droit aux mêmes communications que les actionnaires et aux mêmes époques. Ils peuvent se faire délivrer copie des procès-verbaux des assemblées générales quelconques des actionnaires. »

Ces prérogatives dont jouissent les représentants sont conférées par la loi elle-même, et la société ne pourrait, par une clause contraire, les en dépouiller; elles se rattachent à la qualité de leurs titulaires, elles apparaissent sous la forme d'éléments utilisés par le législateur pour organiser, en l'espèce, la représentation légale.

Mais l'activité des représentants est aussi déterminée par l'assemblée générale des porteurs de parts, puisque, d'après l'article 11, nous l'avons vu, cette assemblée « fixe leurs pouvoirs ». Reste à savoir quelles sont les conditions requises pour que la représentation de la masse soit réalisée.

L'innovation de la loi de 1929 consiste à donner force obligatoire à la volonté de la majorité. L'assemblée générale des porteurs, régulièrement constituée, délibère, pèse

toutes les questions qui lui sont soumises et est appelée à statuer; la décision prise par la majorité sera seule considérée dans les rapports avec la société débitrice, les porteurs dissidents, incapables ou absents, devront s'incliner devant elle. Tel est le principe posé dans l'article 1^{er} : « Les propriétaires de parts d'une même masse peuvent être réunis en assemblée générale... et prendre, à la majorité, en se conformant aux dispositions des articles 3 à 11 ci-après, des résolutions qui s'imposent à tous les porteurs. »

C'est en observant la formule énoncée que l'assemblée générale pourra nommer des représentants et leur fixer les opérations qu'ils accompliront au nom de la masse; et le rapport de représentation, mis en mouvement par l'accord de volontés des représentants et du tiers, produira ses effets à l'égard de la masse tout entière. Les engagements pris par les représentants en vertu des pouvoirs dont ils ont été investis par la décision majoritaire seront opposables à tous les membres du groupement. En d'autres termes, la personne qui agit au nom de la masse n'est pas seulement le représentant des porteurs qui l'ont choisie et ont fixé ses attributions; elle est aussi celui des dissidents. La minorité a manifesté son refus de ne pas être obligée par la résolution de l'assemblée et elle sera liée cependant par les engagements que des sujets de droit prennent en son nom parce que la loi déclare formellement qu'ils sont les « représentants de la masse » (art. 11).

§ 4. — Les représentants des obligataires.

La représentation collective qui vient d'être appliquée aux porteurs de parts de fondateurs n'est encore qu'à l'état

de projet pour les obligataires. Les besoins économiques auxquels elle répond sont cependant identiques, ils appellent au même titre l'attention du législateur.

Les obligataires ont eux aussi des intérêts à défendre : leur situation devrait d'autant plus être prise en considération par la loi qu'ils se trouvent isolés en face d'un organisme puissant, la société, ou qu'ils peuvent se heurter à une masse organisée, l'assemblée des actionnaires. Ils auront parfois des inscriptions à prendre ou à renouveler; il faudrait, dans leur propre intérêt, comme dans celui de la société, conclure des transactions susceptibles de remédier aux difficultés passagères dont souffre le groupement qu'ils ont contribué à former.

Une fois de plus, la jurisprudence a dû suppléer à la carence des textes et protéger des besoins sociaux dans la mesure où les cadres de la technique juridique le lui permettaient. Le procédé le plus simple qui s'offrait à elle était le mandat; elle l'adopta ⁽²⁸⁾. En vertu des règles classiques posées par le Code civil, elle décida que les obligataires auraient la faculté de se réunir pour choisir des mandataires chargés de la conservation de leurs droits; le mandataire pouvait d'ailleurs être désigné à l'avance dans le cahier des charges de l'emprunt. S'il s'agissait de défendre judiciairement les intérêts des obligataires, la règle : « Nul en France ne plaide par procureur », ne constituait pas un obstacle insurmontable : en effet, cette règle, n'est pas d'ordre public. Par conséquent, si le représentant des obligataires plaidait contre la société, et si celle-ci acceptait sa désignation ou si, l'ayant connue, elle ne s'y opposait pas, l'action était possible. L'impossibilité n'existait

(28) Lyon, 6 mai 1886, *Rev. soc.*, 1886, p. 396.

que lorsque la société refusait ou que l'instance était engagée contre un autre adversaire ⁽²⁹⁾.

C'était compter sans les faits : la pratique démolissait aussitôt l'essai tenté par la jurisprudence. En effet, le mandat repose essentiellement sur la convention des parties, le mandant n'est obligé que dans les limites du pouvoir conféré au mandataire. Celui-ci, dans l'hypothèse envisagée, devait se mettre en relations avec tous les obligataires, afin d'obtenir d'eux la faculté de les représenter. C'était la condition *sine qua non* de l'existence du mandat; mais comment en obtenir la réalisation puisque les obligataires peuvent être en nombre considérable et qu'il est impossible souvent de les connaître tous en raison de l'existence des titres au porteur. Dans bien des cas, on était dans l'impossibilité de faire fonctionner l'idée, pourtant si simple, de mandat.

Parvenait-on à son fonctionnement, les pouvoirs attribués au représentant étaient immuables. Si tous les obligataires parvenaient à être touchés et consentaient à la nomination d'un mandataire commun, le mandat ne finissait ensuite qu'en vertu d'une révocation opérée par tous les mandants. Condition impossible à réaliser. Une seule manifestation de volonté défavorable à la mission confiée rendait inefficace l'action des co-mandants. L'irrévocabilité à laquelle on aboutissait avait pour résultat de rendre omnipotentes des personnes qui, par hypothèse, étaient des exécuteurs d'ordres, de sorte que l'institution se retournait contre ceux qu'elle aurait dû protéger.

(29) Les développements consacrés à l'application du mandat en cette matière n'ont pas seulement une valeur historique, ils permettent de mieux comprendre la portée et le mécanisme de la représentation conventionnelle et de la représentation légale. C'est un point que nous retrouverons.

La *société* fut alors le moyen technique employé par la jurisprudence en vue de l'organisation des obligataires; elle était destinée à être la traduction plus souple de l'idée de représentation. Ce mot devait d'ailleurs être entendu dans le sens de groupement au sens large et non dans celui de société civile aux termes de l'article 1832 C. civ. Telle est l'indication fournie par la Cour de cassation le 3 décembre 1889 : « Sans avoir à rechercher si cette association présente tous les caractères d'une société civile proprement dite, l'acte qui la crée confère tout au moins valablement à son directeur le mandat de représenter ses associés dans les limites de l'intérêt mis en commun. » (30).

En s'interdisant de rechercher si les éléments requis pour l'existence de la société civile étaient réunis, la Cour suprême n'allait point étouffer toutes les difficultés susceptibles de surgir. Le groupement reconnu devait répondre à un double but : protéger les intérêts individuels des membres, ne point soumettre la protection certaine desdits intérêts à l'arbitraire de quelques-uns. Quelles limites assignerait-on à l'activité des représentants? L'action collective de ceux-ci étoufferait-elle l'action individuelle des porteurs? Quelles garanties donnerait-on aux obligataires? Appuyons nos réponses sur les décisions les plus récentes des tribunaux.

Deux courants se manifestent, auxquels il est possible de ramener les multiples cas d'espèces que la jurisprudence a dû résoudre. L'un tendant à reconnaître des pouvoirs très étendus à l'assemblée générale des obligataires, avec comme corollaire la soumission de tous les porteurs aux actes du représentant. Le 19 juin 1927, le Tri-

(30) Civ., 3 déc. 1889, D. P., 90. 4. 105.

bunal civil de la Seine fait sienne cette tendance en décidant « que le groupement est tout au moins valable comme association contractée dans l'intérêt commun des parties; que tous les adhérents sont tenus de respecter les statuts qu'ils ont acceptés par le seul fait de leur souscription ou de leur acquisition » (31). C'est la consécration pleine et entière d'un usage adopté à l'heure actuelle par les sociétés émettrices de parts d'obligations : au moment de l'émission est constitué un groupement qui prend la dénomination de société civile et pourvu de règles précises destinées à régler les rapports avec la société proprement dite. Comme il serait impossible en fait d'obtenir l'adhésion réfléchie de tous les obligataires aux statuts du groupement, il est décidé que l'acceptation est acquise par l'acquisition même du titre. En d'autres termes, pour résoudre la difficulté, on la supprime.

A l'aide de ce procédé énergique, il est évident que le fonctionnement de la représentation collective des obligataires est assuré. Un porteur de parts ne peut plus à lui seul arrêter le mécanisme de l'institution. Mais l'expérience a démontré alors que la réalisation trop facile de la représentation en cette matière engendre les conséquences les plus fâcheuses : les intérêts individuels ne sont plus protégés, des collusions frauduleuses deviennent possibles entre la société débitrice et les représentants des obligataires qui agissent conformément aux pouvoirs d'une majorité factice. Et pour remédier aux abus dont elle n'a pas manqué d'être saisie, la jurisprudence s'est vue dans la nécessité d'aller d'un extrême à l'autre : prononcer la nullité de la société civile.

(31) Trib. civ. Seine, 19 juin 1927, D., 28. 2. 60.

Conscients des dangers qu'entraînerait fatalement l'application de la formule qui vient d'être développée, des tribunaux ont préféré — c'est la seconde tendance — consacrer seulement l'adhésion volontaire et réfléchie au groupement, c'est-à-dire soumettre la vie de la masse aux principes généraux du mandat; en d'autres termes, le droit individuel des porteurs de parts d'obligations subsisterait à l'encontre de la société civile, alors même que cette dernière, par les clauses de ses statuts, se serait réservé l'exercice desdits droits individuels.

L'affaire célèbre du « Banco El Hogar Argentino » a permis au Tribunal civil de la Seine de rendre, le 16 novembre 1921 ⁽³²⁾, une décision de principe : « Qu'en vain le Banco El Hogar voudrait-il tirer avantage de la disposition de cet article 12 qui donne à l'assemblée générale le pouvoir de statuer souverainement sur tout ce qui concerne ou intéressera à un titre quelconque les obligataires; — Attendu que ces termes, si larges soient-ils, ne sauraient consacrer ce qui serait une véritable dépossession de l'obligataire, puisque ainsi il pourrait voir le capital même sur lequel porte le contrat ou bien, comme ici, partiellement compromis, ou bien, la logique conduirait à cette extrémité, complètement et définitivement abandonné au débiteur. »

La Cour de Paris, saisie en appel, s'attache à mettre en relief le fondement juridique de la solution qu'elle consacre à son tour. Elle utilise les règles du mandat, qui, à ses yeux, doivent régir la prétendue « société civile »; et ainsi, « de ce point de vue juridique, apparaît la nécessité du consentement personnel de chaque obligataire, non

(32) *Ann. dr. comm.*, 1921, p. 333. *Adde Trib. civ. Seine*, 27 juill. 1927, *Gaz. Pal.*, 1927. 2. 722.

seulement à la mission confiée au groupement, mais à ses conditions d'exercice » (33).

Pourvoi contre cet arrêt est porté devant la Cour de cassation, mais la Chambre des requêtes le rejette (34), maintenant ainsi la décision des premiers juges et adoptant les conclusions de l'un de ses membres, M. le conseiller Bricout. Du rapport de ce dernier, nous tenons à relever l'idée essentielle développée, à savoir : prendre en considération l'idée de mandat pour fixer la représentation des associés dans la limite de l'intérêt mis en commun, « c'est bien reconnaître que le groupement ne peut agir que dans les limites du mandat qui lui a été confié » et admettre, par conséquent, la nécessité de l'adhésion individuelle des obligataires.

Il résulte de cette jurisprudence que la représentation conventionnelle peut seule jouer, sous la forme d'un mandat exprès. Les droits individuels des porteurs de parts d'obligations sont sauvegardés, et la société débitrice ne pourra plus recourir à de savantes manœuvres frauduleuses pour enchaîner ceux mêmes qui participent à son développement.

Mais il faut tout de même reconnaître que le résultat n'est acquis que par la destruction de l'organisme qui centraliserait la défense des intérêts des obligataires et dont la nécessité est reconnue de tous; la contre-partie de la garantie obtenue, c'est l'anéantissement de la représentation collective, élément indispensable cependant. Pratiquement, il sera impossible d'obtenir de chaque porteur « une adhé-

(33) Paris, 20 mars 1924, D. hebdomadaire, p. 289, et Trib. civ. Marseille, 23 juill. 1928, *Ann. dr. comm.*, 1929, p. 351 : « ... dont le dit organisme doit être le protecteur conventionnel ».

(34) Req., 17 juill. 1929, D. P., 29. 1. 143.

sion certaine et en pleine connaissance de cause », comme l'exigent les tribunaux. Il n'y aurait qu'à reprendre les brefs développements qui ont suffi à montrer l'impossibilité d'adaptation des principes du mandat; car on peut changer ou ajouter des mots, prétendre qu'une « société civile d'obligataires » existe par le seul fait de l'émission, les faits restent absolument les mêmes si l'on décide que chacun des membres doit donner au représentant le pouvoir d'agir. La question n'avance point d'un pas.

La jurisprudence la plus récente a compris que nul progrès ne serait réalisé tant qu'on s'obstinerait à invoquer la notion de mandat; elle y a renoncé pour consacrer l'idée de gestion d'affaires qui serait la conciliation la plus heureuse de la protection des intérêts individuels et de l'action collective. La Cour de Paris lance la solution nouvelle, le 25 juillet 1929 (35), en décidant que même si les représentants « se sont trouvés sans mandat, par suite de la nullité prétendue soit de la société civile des porteurs, soit des délibérations des assemblées générales, la transaction s'impose aux appelants et intervenants en vertu des règles de la gestion d'affaires; que lesdits appelants et intervenants ne peuvent donc répudier les engagements pris en

(35) Paris, 25 juill. 1929, *Ann. dr. comm.*, 1929, p. 272. Et qu'à la fin de cet exposé, le lecteur ne soit pas surpris des décisions plutôt incohérentes de la jurisprudence, car nous lui rappellerions avec le Tribunal de commerce de la Seine (3 juill. 1927, *Journ. des soc.*, 1929, p. 168) que « si la compétence n'exclut pas absolument la certitude, elle la rend souvent très difficile tant à appréhender qu'à saisir..., et cela d'autant plus fortement que l'esprit qui les étudie est plus rompu aux subtilités de la discussion juridique ». Mais comment expliquer alors un jugement de ce même Tribunal de commerce du 21 avril 1926 (*Journ. des soc.*, 1926, p. 569), qui écartait résolument toute idée de société, d'association, de mandat, et rejetait l'application de l'article 1134 du Code civil? Le 3 juillet 1927, le Tribunal se borne à déclarer : « ... sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur la validité de la prétendue société civile... ». Il est bien moins catégorique : est-ce parce qu'il est devenu lui-même plus compétent ?

leur nom par les gérants, engagements qui sont la contrepartie des avantages obtenus et auxquels ils ne peuvent se soustraire, au moyen des actions individuelles... ».

La solution consacrée est-elle de nature à aplanir les obstacles dont on n'avait pu triompher en même temps qu'elle satisfera les besoins sociaux déjà mis en lumière ? Elle est, quant à nous, le signe d'un progrès manifeste, mais elle ne nous apparaît que comme une solution d'attente.

Elle marque un progrès sérieux : elle permet d'apprécier l'utilité des actes accomplis par le représentant sans mettre en jeu l'existence même de la société civile. Supposons que la preuve eût été rapportée du caractère désavantageux du contrat passé par le représentant; en vertu des principes adoptés par la Cour de Paris, il est permis de déduire que l'acte aurait été seulement déclaré non opposable aux obligataires et les intérêts de ceux-ci se trouvaient protégés, tandis qu'auparavant c'est la nullité de la société qu'il aurait fallu prononcer pour obtenir le même résultat. Quoique considéré comme membre du groupement, le porteur d'obligations n'est pas abandonné à ses seules forces. Il ne peut pas non plus sous de vains prétextes annihiler la marche de l'institution, ce qui lui serait possible si l'on exigeait de lui, dans tous les cas, la délivrance d'un mandat formel. La solution de la Cour de Paris constitue donc un pas certain vers la conciliation d'éléments qui paraissaient s'exclure.

Mais solution d'attente, avons-nous ajouté. Elle laisse complètement de côté l'organisation de la masse des obligataires, et c'est le nœud de la question. Voilà un groupement qui se constitue et se développe sous la poussée des faits sans parvenir à se glisser dans les cadres existants;

que devient-il avec la notion de gestion d'affaires? est-il admis ou écarté? certains obligataires seront-ils réduits au rôle de spectateurs, tandis que d'autres auront le monopole de l'action grâce au titre de gérants d'affaires?

C'est pourquoi la nouvelle décision ne sera, croyons-nous, qu'un acheminement vers la réglementation de la masse des obligataires, telle qu'elle est prévue par le projet de loi déposé par M. Tardieu, à la Chambre des députés, le 14 novembre 1930. L'organisation étant identique à celle qui régit les porteurs de parts de fondateurs, il est inutile d'y insister. Notons cependant que le législateur n'a pu sortir de l'impasse dans laquelle s'est débattue la jurisprudence qu'en se servant de la notion de représentation légale. « Nonobstant toute stipulation contraire, est-il dit dans l'article 2, les propriétaires d'obligations d'une même masse peuvent être réunis en assemblée générale et prendre aux conditions prévues aux articles 9 et 10 des résolutions qui s'imposent à tous les obligataires de cette masse. »

La situation contractuelle du porteur d'obligations peut donc être modifiée en dehors de sa volonté; il en sera ainsi lorsque l'assemblée générale déléguera « un représentant, dans la forme qu'elle décidera, pour exercer les pouvoirs de la masse » (art. 12) et que l'obligataire fera partie de la minorité qui s'y est opposée. Le membre dissident sera obligé malgré lui, parce que si le représentant a été délégué dans les conditions déterminées par la loi ⁽³⁶⁾, il engage tous les obligataires sans exception, étant alors le représentant légal de chacun d'eux. Et le sujet de droit qui agit au nom de la masse « ne contracte à raison de sa gestion aucune obligation personnelle, il ne répond que de l'exé-

(36) En dehors de la majorité requise, il faut, aux termes de l'article 9, que les décisions de l'assemblée générale relatives au choix du représentant soient homologuées par le tribunal de commerce.

cution de son mandat » (art. 12, al. 3); en d'autres termes, le rapport de représentation liera directement la société débitrice à la masse des obligataires. Le représentant qui participe à la formation de l'acte est étranger à ses effets.

SECTION III

LA REPRÉSENTATION EXPLIQUE LES EFFETS SECONDAIRES DE LA SOLIDARITÉ PASSIVE

Avec la matière que nous abordons, se révélera à nos yeux une forme de représentation toute particulière, dite représentation imparfaite; aucun texte ne l'a consacrée. Mais la jurisprudence, utilisant les travaux de la doctrine, l'a introduite dans notre droit et bâti sur elle une série de décisions fermes, dont l'ensemble constitue l'application d'un principe solidement établi.

C'est dans le domaine des obligations solidaires que cette théorie a pris naissance et s'est développée. La solidarité, on le sait, est une modalité des obligations qui met obstacle, tantôt à la division de la créance — c'est la solidarité active —, tantôt à la division de la dette, — il s'agit alors de la solidarité passive.

Dans le premier cas, chacun des créanciers est créancier pour le tout; il peut exiger du débiteur le paiement intégral de la dette et lui donner décharge de l'obligation (art. 1197 C. civ.); la solidarité passive suppose un rapport d'obligations comprenant plusieurs débiteurs et permettant au créancier de réclamer la totalité de la dette à l'un quelconque des sujets passifs du lien obligatoire (art. 1200 C. civ.).

L'utilité de la solidarité active se limite à faciliter le

recouvrement de la créance. Or, une autre institution permet au créancier d'obtenir le même résultat avec de moindres inconvénients : le mandat, qui, à la différence de la solidarité active, est révocable et ne passe pas aux héritiers. Aussi cette forme de solidarité est-elle peu employée et c'est pour cela que nous réserverons nos développements à la solidarité passive dont le rôle s'est étendu parce qu'elle est une sûreté pour le créancier, un moyen efficace de le protéger contre l'insolvabilité de l'un des codébiteurs.

Les effets de la solidarité passive sont divisés par les auteurs en deux catégories : les effets dits principaux, groupés sous les idées d'unité d'objet et de pluralité de liens; les effets dits secondaires, qui retiendront seuls notre attention parce que leur analyse a amené l'introduction du concept de représentation juridique.

L'interruption de prescription faite par le créancier contre l'un des codébiteurs solidaires a effet contre tous les autres (art. 1206).

La demande d'intérêts formée contre l'un fait courir les intérêts contre tous (art. 1207).

Si l'un des codébiteurs est mis en demeure, tous les autres sont tenus au même titre de l'exécution immédiate de l'obligation, et la perte de la chose par l'un est supportée par tous (art. 1205).

Tels sont les effets secondaires de la solidarité édictés par le Code civil. L'idée de représentation n'intéressait guère la jurisprudence à leur égard, puisqu'il lui suffisait d'appliquer des règles précises à des situations de fait prévues par le législateur; elle n'avait qu'à se rapporter à l'article applicable pour motiver sa décision.

Mais le Code n'avait pas envisagé ⁽³⁷⁾ toutes les difficul-

(37) Ce n'est point un reproche que nous lui adressons, car il est évident qu'un Code, si parfait soit-il, ne saurait tout prévoir.

tés susceptibles de s'élever dans la pratique; ainsi l'effet de la chose jugée, de l'exercice des voies de recours et l'effet de l'interruption de la péremption des jugements par défaut (38).

Un jugement, un arrêt d'appel ou de cassation a été rendu alors que l'un seulement des débiteurs solidaires était partie à l'instance. La décision n'aura-t-elle de portée qu'à son égard ou bien produira-t-elle les mêmes effets vis-à-vis des autres? Ou bien encore la décision ne s'appliquera-t-elle à tous qu'au cas où le codébiteur a gagné le procès et non lorsqu'il l'a perdu?

Un jugement par défaut contre les codébiteurs solidaires n'est exécuté que contre l'un d'eux : y a-t-il pour tous interruption de la péremption spéciale organisée par l'article 156 C. proc. pour les jugements et arrêts par défaut non exécutés dans les six mois, ou bien ces délais continueront-ils à courir contre les codébiteurs à qui l'exécution n'a pas été signifiée ?

Un jugement a acquis force de chose jugée à l'égard de certains codébiteurs solidaires. L'un d'eux, pour lequel les délais ne sont pas encore écoulés, fait appel : couvre-t-il ainsi la déchéance de ceux qui n'ont pas agi dans le laps de temps fixé par la loi ? Ou, au contraire, ces derniers

(38) Nous allons ainsi parcourir le droit de la procédure alors que nous nous en étions interdit l'accès dans l'introduction. Nous croyons toutefois ne pas être infidèle au plan que nous nous sommes tracé : l'incursion ne sera faite dans le domaine de la procédure que dans la mesure où elle permet de mieux saisir une théorie qui a été appliquée sans doute en cette matière, mais dont la portée a été étendue au droit privé. Cette considération guidera notre analyse. D'autre part, nous laisserons de côté la question de savoir si, dans la procédure, l'on ne pourrait pas recourir à une technique différente pour justifier les effets de droit que la jurisprudence rattache à l'idée de représentation; l'étude critique des notions de représentation parfaite et imparfaite ne sera effectuée qu'en considération du droit privé seul.

devront-ils supporter le poids du jugement dont ils ont omis de demander la réformation ?

Aucun texte ne s'offrait ici à la jurisprudence pour résoudre ces questions; elle utilisa la notion de représentation invoquée par la doctrine en cette matière.

L'idée avait du reste été dégagée dans l'ancien droit ⁽³⁹⁾ et elle n'était point étrangère aux rédacteurs du code. C'est ainsi que le tribun Mouricault, dans son discours au Corps législatif, fait allusion à un mandat entre cocréanciers solidaires : « On reconnaît, dit-il, que la solidarité ne s'établit véritablement entre les créanciers que pour autoriser chacun d'eux à faire au besoin l'affaire de tous et pour les établir à cet effet mandataires réciproques. » ⁽⁴⁰⁾. Et le tribun Favart, s'attachant à l'une des conséquences de la solidarité active : « La reconnaissance de la dette faite par le débiteur envers l'un des créanciers solidaires interrompt la prescription à l'égard des autres créanciers, qui se trouvent représentés par celui au profit duquel le débiteur l'a faite. » ⁽⁴¹⁾.

Aussi n'est-on pas surpris de trouver la notion de représentation défendue par Toullier en matière de solidarité passive; quand plusieurs débiteurs s'obligent solidairement par un seul et même contrat à une seule et même dette, « ils se chargent, par un mandat tacite mais réel, de payer les uns pour les autres...; en agissant contre un seul, le créancier agit contre le mandataire de tous » ⁽⁴²⁾.

Mais des divergences surgissaient du même coup sur

(39) V. Oudinot, *De la représentation imparfaite en droit français*, thèse Paris, 1909, p. 23 à 46.

(40) Locré, *Législation civile*, t. XII, p. 364.

(41) Fenet, *Travaux préparatoires*, t. XIII, p. 330.

(42) Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du code*, t. VI, n° 729.

l'étendue qui devait être attribuée à la formule de la représentation : toutes les opérations relatives à la dette et réalisées sur la tête d'un codébiteur étaient-elles opposables ou profitaient-elles aux autres, sans distinction aucune, en vertu de l'idée de représentation ? Les solutions des auteurs varient sur ce point capital.

« La solidarité entre débiteurs, dit Larombière ⁽⁴³⁾, repose sur la pensée d'un mandat réciproque et mutuel... : chaque débiteur peut rendre meilleure la position de ses consorts, mais ne peut la rendre pire. » C'est l'énoncé d'une formule dont nous trouverons un peu plus loin la consécration jurisprudentielle et qui constitue le résumé d'une théorie de la représentation, dite représentation imparfaite. Si l'acte du représentant est favorable au représenté, le rapport de représentation joue; ou, plus exactement, si le phénomène juridique qui se réalise sur la tête d'un codébiteur solidaire est favorable aux autres, ceux-ci en profiteront parce que, dans cette hypothèse, le codébiteur a été leur représentant; l'opération ne leur sera pas opposable si elle était défavorable, car alors ils n'ont pas été représentés.

Aubry et Rau établissent des distinctions en partant de points de vue différents. Ils érigent, en principe, la représentation réciproque des codébiteurs, aussi bien dans l'intérêt du créancier que dans le leur propre, en apportant les précisions suivantes : « Les codébiteurs solidaires se représentent les uns les autres dans l'intérêt du créancier pour tout ce qui est relatif à la conservation et à la poursuite de ses droits, de sorte que ce qui, sous ce rapport, a été fait avec ou par l'un d'eux est censé fait avec ou par tous les autres. » ⁽⁴⁴⁾.

(43) Larombière, *Obligations*, t. II, p. 381.

(44) Aubry et Rau, IV, p. 44.

Les actes personnels des codébiteurs qui auraient pour effets de rendre l'obligation plus onéreuse, de modifier le rapport de droit existant, doivent être considérés comme non avenus à l'égard des autres; mais s'ils présentent au contraire un caractère favorable, la représentation se réalise parce que les codébiteurs « sont réputés mandataires les uns des autres pour tout ce qui tend à améliorer leur condition vis-à-vis du créancier » (45).

Ainsi pour tout ce qui met en mouvement le droit du créancier, la représentation joue; il y a alors, a-t-on dit, représentation « parfaite », laquelle se caractérise en ce qu'elle intervient dans tous les cas, quel que soit le résultat de l'opération accomplie. Pour les actes des codébiteurs qui modifient le lien de droit, l'apparition de la représentation dépend des effets produits : nous sommes dans le domaine de la représentation imparfaite. Ces deux notions ont été appliquées par la jurisprudence.

Le 28 décembre 1871 (46), la Cour de Dijon pose le principe de la représentation des codébiteurs solidaires : ceux-ci « ont qualité pour se représenter mutuellement en vertu du mandat réciproque et légal qui existe entre eux pour l'exécution de l'obligation commune ». Mais le mandat est limité aux actes qui concernent l'accomplissement de l'obligation et ne peut aggraver la situation des codébiteurs en dehors des prévisions du contrat; dans ces limites, toutefois, des opérations défavorables sont déclarées opposables à tous.

Deux ans plus tard, la Cour de cassation se prononce sur

(45) Aubry et Rau, *op. cit.*, p. 48.

(46) Dijon, 28 déc. 1871, S., 72. 2. 18. La Cour, appliquant ce principe, déclarait opposable à tous les codébiteurs la chose jugée à l'égard de l'un d'eux.

le point de savoir si l'appel interjeté par l'un des codébiteurs profitera aux autres; elle tranche la question dans le sens de l'affirmative, sa réponse découlant des textes mêmes du Code civil relatifs à la solidarité, lesquels font de chaque codébiteur « le contradicteur légitime du créancier et le représentant nécessaire de ses consorts en tant que ceux-ci n'ont à leur opposer aucunes exceptions qui leur soient personnelles » (47). En l'espèce, la qualité de représentant est déduite des dispositions du Code et il n'est fait aucune allusion au caractère du résultat obtenu par l'acte du codébiteur.

La Chambre civile persévère dans cette jurisprudence le 28 décembre 1881 (48) et le 1^{er} décembre 1885 (49) dans deux arrêts rendus en matière de chose jugée; dans le dernier, notamment, elle prend soin de mettre en lumière que la qualité de « représentant nécessaire » attribuée au codébiteur résulte de la nature de l'obligation solidaire en même temps que des articles 1203 et 1208. Et quelques années plus tard, c'est la notion de représentation légale qui est invoquée : « Ce qui a été jugé à l'égard de X... concerne tous ses codébiteurs solidaires dont il était *le représentant légal* et nécessaire. » (50).

Ces exemples sont l'application de la représentation parfaite dont les caractères spécifiques ont été indiqués; bien que se référant au droit de la procédure, ils sont la manifestation d'une théorie générale, qui aurait ses sources dans le Code civil. Ils nous ont permis de constater que des actes accomplis par une personne produisaient à l'égard

(47) Civ., 15 janv. 1873, D., 73. 1. 249.

(48) Civ., 28 déc. 1881, S., 83. 1. 463.

(49) Civ., 1^{er} déc. 1885, S., 86. 1. 53.

(50) Civ., 25 mars 1902, S., 1903. 1. 484.

de certaines autres des conséquences identiques à celles voulues ou subies par l'auteur desdits actes; des effets de droit se fixant sur la tête d'un débiteur solidaire atteignent par le fait même tous les autres parce que le premier est déclaré leur représentant légal.

Le résultat de la représentation imparfaite sera d'ailleurs le même; seules sont précisées les conditions d'application du phénomène. Cette doctrine est formulée dans un arrêt de la Cour d'Agen du 28 octobre 1891 ⁽³¹⁾ établissant que « dans la limite de la dette, chaque débiteur représente son coobligé : c'est un associé qui a la signature sociale et en use à la condition, bien entendu, de ne pas rendre la situation pire ».

Et sur la même notion, la Chambre civile formule un principe ⁽³²⁾ autour duquel doivent se grouper tous les effets secondaires de la solidarité : « En règle générale et sauf les exceptions pouvant résulter d'une disposition expresse ou virtuelle de la loi, le mandat que les débiteurs solidaires sont censés se donner entre eux, s'il leur permet d'améliorer la condition de tous, n'a pas pour effet de pouvoir nuire à la condition d'aucun d'eux. »

La théorie de la représentation imparfaite se trouve ainsi admise et sanctionnée. La Cour suprême n'a pas cherché ici si la représentation devait fonctionner en vertu d'une disposition de la loi; c'est à la notion classique du mandat qu'elle se réfère, mandat que les codébiteurs sont réputés s'être donné et qui est dû, par conséquent, à un accord tacite.

Ce mandat, toutefois, ne donne à chacun des codébiteurs

(31) Agen, 28 oct. 1891, D. 93. 2. 340.

(32) Civ., 16 déc. 1891, D., 92. 1. 177; S., 93. 1. 81.

qu'un pouvoir restreint de représentation : il leur confère la faculté d'améliorer la situation des autres, il n'a pas pour effet de la rendre pire. Il s'agit donc d'un mandat préexistant aux opérations juridiques susceptibles d'être accomplies; sa mise en jeu est subordonnée à la valeur des actes intervenus. Le résultat est-il favorable à l'ensemble des codébiteurs ? L'effet de droit qui s'est réalisé sur la personne d'un codébiteur jaillit sur tous les autres parce qu'il y a alors représentation. Si, au contraire, les conséquences sont désavantageuses, la représentation juridique n'apparaît point.

Et c'est là, nous l'avons indiqué, la reproduction d'une règle générale, dont le domaine déborde le droit de la procédure; on ne la rencontre pas seulement en matière de chose jugée ou d'effet des voies de recours. Le principe de la représentation imparfaite appartient au droit privé moderne sous le couvert de la formule classique : les débiteurs solidaires se représentent les uns les autres *ad minuendam vel perpetuendam obligationem sed non augendam*. Un arrêt de la Cour de Paris en date du 15 juillet 1927 ⁽³³⁾ est la reproduction fidèle de cette thèse : un compromis signé par l'un des codébiteurs solidaires était-il opposable aux autres ? La Cour répond par l'affirmative en s'appuyant sur les motifs suivants : « Chacun des débiteurs solidaires est réputé mandant et mandataire de ses coobligés dans la limite de la dette, à la condition de ne pas rendre leur situation pire étant pour ainsi dire un associé qui a la signature sociale. » Application est faite de ce principe à la conclusion d'un acte juridique par l'un des sujets

(33) Paris, 15 juill. 1927, S., 28. 2. 48.

passifs de l'obligation solidaire et il est décidé qu'en signant le compromis, le débiteur « agissait à la fois en son nom personnel et comme mandataire spécial » des autres coobligés « en vertu du principe de la représentation mutuelle des codébiteurs » ; par conséquent, le défaut de signature de l'un d'eux n'importait pas et ne pouvait engendrer la nullité du compromis.

Voilà l'idée de représentation imparfaite clairement dégagée ; les tribunaux la formulent et voient en elle une notion qui relève du droit des obligations. Dans le domaine de la procédure, elle permet d'expliquer comment un effet de droit qui s'attache à une personne s'étend à plusieurs autres ⁽³⁴⁾. Mais son champ d'application englobe aussi les engagements contractuels et, toujours d'après la jurisprudence, elle justifierait la réalisation sur la tête d'un sujet de droit, des conséquences d'un acte juridique accompli par une autre personne. C'est ainsi qu'un codébiteur solidaire s'entend avec le créancier et conclut avec lui un contrat, par exemple une transaction. Outre l'obligation que l'accord de volontés fait naître entre les parties contractantes, des liens de droit apparaissent entre le créancier et des personnes qui ont été représentées à l'acte : les codébiteurs solidaires. Et le rapport de représentation a pour résultat de mettre ces derniers dans une situation identique à celle du débiteur qui s'est engagé. Le phénomène de la représentation juridique offre, en outre, ceci de particulier, qu'il n'entre en jeu que dans les cas où il est favorable aux représentés.

(34) Pour l'ensemble des effets admis par la jurisprudence, V. Planiol et Ripert, *Traité*, t. II, 11^e éd., n^o 760.

SECTION IV

LA REPRÉSENTATION PERMET L'ADMINISTRATION DU PATRIMOINE DE PERSONNES CAPABLES

§ 1. — Le représentant légal de l'absent.

L'absent est la personne sur l'existence de laquelle planent des doutes. Cette situation soulève une foule de problèmes : que vont devenir les biens que l'absent a abandonnés ? Quelles sont les opérations qui pourront être accomplies par son conjoint, comment devra être réglée une succession à laquelle il se trouve intéressé ? La solution était délicate pour le législateur qui avait à tenir compte du retour éventuel de l'absent.

L'étendue des opérations permises à l'administrateur des biens de l'absent varie au fur et à mesure que le moment de la disparition s'éloigne; nous nous attacherons à l'un des aspects de la première période, la présomption d'absence, où la loi a consacré expressément l'idée de représentation légale.

Cette période est celle qui suit la disparition sans nouvelles de l'absent, et elle se termine par le jugement de déclaration d'absence. S'il y a « nécessité » de pourvoir à la gestion des biens, le tribunal de première instance pourra intervenir, son intervention étant provoquée par les parties intéressées, c'est-à-dire qui ont des droits actuels ou des droits subordonnés au décès.

Le législateur a prévu le cas où le présumé absent est intéressé dans un partage de communauté, de société ou de succession. Prenons cette dernière hypothèse : si la succession s'est ouverte après la disparition du présumé absent,

elle sera partagée provisoirement comme si n'existait pas la personne sur l'existence de laquelle se sont élevés des doutes; si, au contraire, l'ouverture de la succession est antérieure, la loi permet au tribunal de commettre, à la requête de la partie la plus diligente, « un notaire pour *représenter* les présumés absents dans les inventaires, comptes, partages et liquidations dans lesquels ils seront intéressés » (art. 113).

En ce cas, notons-le, le notaire intervient non point pour instrumenter dans l'acte, comme celui qui est nommé conformément aux articles 928 et 931 C. proc., mais pour représenter l'absent dans les diverses opérations indiquées, pour protéger ses intérêts et prendre la défense de ses droits. On le nomme pour discuter les demandes des autres intéressés, adversaires possibles de l'absent, pour les combattre au besoin; aussi faudrait-il nommer autant de notaires qu'il y aurait de présumés absents ayant des intérêts distincts.

Les mesures prises par le notaire, en cette qualité et dans la limite de ses pouvoirs ⁽³⁵⁾, devront être respectées par l'absent à son retour : la représentation légale aura joué. Le représentant tient de la loi la faculté de se substituer à une autre personne et de passer des actes avec des tiers; le représenté sera directement tenu, sans que sa volonté soit prise en considération.

§ 2. — Le capitaine de navire.

En classant le capitaine de navire parmi les représentants légaux, nous heurtons la doctrine classique, qui voit dans

(35) Le notaire peut provoquer un partage judiciaire et y représenter l'absent si le Tribunal lui confère ce pouvoir (Req., 21 nov. 1887; D. P., 88. 1. 165).

les liens juridiques rattachant cet agent à l'armateur un louage de services mélangé de mandat : « Il faut donc reconnaître, écrit Danjon ⁽⁸⁶⁾, conformément à l'opinion traditionnelle et quasi unanime, que l'engagement du capitaine participe à la fois du louage de services et du mandat salarié; comme l'a très bien dit Laurin, il est à la base un louage de services, mais il se complique et se couronne en quelque sorte d'un mandat. »

La même affirmation se retrouve sous la plume de MM. Lyon-Caen et Renault : « Le contrat qui intervient entre le capitaine et l'armateur est un louage de services mélangé de mandat. » ⁽⁸⁷⁾.

Les formules qui ont pour but de synthétiser les règles de la technique juridique n'ont de valeur que si elles sont conformes aux faits; or, en l'espèce, la théorie présentée par les auteurs que nous venons de citer reçoit un démenti formel dans toutes les décisions de la jurisprudence, qui peut, chaque fois, invoquer les textes en sa faveur.

L'article 234 C. comm. stipule expressément que le capitaine de navire est un représentant : « Les propriétaires ou le capitaine qui les représente tiendront compte des marchandises vendues... » Une disposition législative attribue donc la qualité de représentant à cet agent de la navigation maritime. S'agit-il d'un représentant conventionnel tel que le mandataire du droit civil dont la situation a déjà été analysée ou d'un représentant légal à caractères propres? Un aperçu sur les fonctions commerciales du capitaine constituera une réponse des plus sûres à la question ainsi posée.

D'une manière générale, les pouvoirs que possède le re-

(86) Danjon, *Traité de droit maritime*, t. II, n° 449, p. 8.

(87) Lyon-Caen et Renault, *Traité de droit commercial*, t. V, n° 496, p. 383.

présentant varient suivant que l'armateur (ou représenté) se trouve ou non sur les lieux; son activité est restreinte dans le premier cas.

L'idée de représentation intervient ici, tout d'abord pour permettre l'accomplissement des actes juridiques nécessaires à l'exploitation du navire. Aux termes de l'article 233 C. comm. « il appartient au capitaine de former l'équipage du vaisseau et de choisir et louer les matelots et autres gens de l'équipage; ce qu'il fera néanmoins de concert avec les propriétaires lorsqu'il sera dans le lieu de leur demeure ». En procédant au recrutement des gens de mer nécessaires à l'expédition, le capitaine est amené à passer une foule d'actes juridiques sous la forme de contrats d'engagement. Il doit s'entendre avec l'armateur lorsque celui-ci est sur les lieux; mais l'on admet que l'approbation tacite de ce dernier est acquise par son silence sur le choix de l'équipage ⁽³⁸⁾, tandis que son opposition est déclarée inopérante si le tiers s'est engagé de bonne foi. L'armateur ne pourrait pas davantage imposer au capitaine le congédiement d'une personne qu'il a recrutée ⁽³⁹⁾. Le représenté — en l'espèce l'armateur — peut ainsi se trouver engagé malgré lui : la personne qu'il a choisie comme représentant a parfois la faculté de lier son patrimoine contre sa volonté.

Les actes passés en vue du recrutement de l'équipage ne sont pas les seuls qui traduisent le phénomène de la représentation; celle-ci apparaît encore dans les emprunts et autres opérations que le capitaine doit quelquefois effectuer pour mener à bien la mission qu'il a

(38) Civ., 10 juin 1879, S., 81. 1. 487.

(39) Le pouvoir de recruter l'équipage comporte celui de débarquer les hommes qui le composent (Rennes, 9 avril 1927, *Rec. Rennes*, 1927, 167)

reque. S'il a besoin d'argent au départ, il peut user pour s'en procurer de moyens exceptionnels : en l'absence de l'armateur ou de son fondé de pouvoirs, il a la faculté d'emprunter à la grosse (art. 232 C. comm.). Si le navire est frété avec l'assentiment des propriétaires et que quelques-uns refusent de participer aux frais nécessités par l'expédition, le capitaine a le droit d'hypothéquer le navire avec autorisation de justice et « après sommation faite aux refusants de fournir leur contingent » (art. 232 C. comm.). Voilà des contrats que le représentant des armateurs a, de par la loi, le pouvoir de conclure; ils restent absolument étrangers au patrimoine propre du capitaine si les conditions requises par la loi sont remplies; grâce au rapport de représentation, le tiers contractant est lié directement à l'armateur. Et celui-ci est dans l'obligation d'exécuter l'acte, alors même qu'il s'y serait formellement opposé : nous sommes donc en présence de la représentation légale.

Cette observation est confirmée par l'examen de certains actes graves qui peuvent être accomplis par le capitaine pendant le voyage ⁽⁶⁰⁾, afin de réunir les fonds nécessaires à la poursuite de l'expédition. Outre le droit de réquisition sur les vivres détenus à titre particulier par les personnes à bord du bâtiment (art. 242), il a la possibilité d'emprunter à la grosse sur le navire ⁽⁶¹⁾, ce qui engendre

(60) Le capitaine peut, lorsqu'il est loin de ses mandants et en cours de voyage, faire toutes opérations urgentes et utiles au navire, et même agir en justice (Alger, 27 mai 1929, *Rev. Dor.*, 1929, t. VII, p. 332).

(61) Le capitaine peut emprunter à la grosse pour payer les frais de transbordement de la cargaison sur d'autres navires au cas où le navire affrété devient innavigable (Cass., 4 déc. 1866, D., 67. 1. 161; S., 67. 1. 128), pour faire subsister l'équipage (Le Havre, 28 févr. 1837, *Rev. int. dr. marit.*, 2. 687).

privilège au profit du prêteur, et de mettre en gage ou de vendre une partie des marchandises. De tels actes ne sont possibles qu'en cas de nécessité, laquelle sera constatée dans un procès-verbal signé des principaux de l'équipage et le capitaine étant autorisé par le tribunal de commerce ou le juge de paix en France, par le consul de France ou le magistrat local à l'étranger (art. 234).

Ces formalités exécutées et les chargeurs ne faisant pas opposition dans les conditions difficiles prévues par l'article 234, les actes juridiques réalisés par le capitaine obligent l'armateur : la loi en décide ainsi. Le représenté n'est donc pas lié dans la mesure où il en a manifesté l'intention, mais dans celle que la loi a fixée.

Signalons enfin parmi les pouvoirs attribués au capitaine la faculté de vendre le navire en cas d'innavigabilité légalement constatée (art. 237 C. comm); la constatation faite par le tribunal de commerce ou le juge de paix en France, par le consul à l'étranger, la vente est opposable à l'armateur. La jurisprudence, au surplus, interprète le texte d'une façon large et décide que l'acheteur de bonne foi est couvert, même si l'armateur démontre que l'innavigabilité n'était pas réelle ⁽⁶²⁾. L'exemple nous montre que la représentation joue en vertu du pouvoir donné par la loi au représentant.

Comment se comporte la jurisprudence en face des principes posés par le législateur? A-t-elle essayé de restreindre les conséquences de la qualité de représentant légal conférée par les textes au capitaine de navire? Nullement. C'est à une consécration des plus nettes de la représentation juridique que les tribunaux se sont atta-

(62) Cass., 3 avril 1867, S., 67. 1. 383.

chés. Qu'on en juge d'après l'arrêt rendu le 9 juillet 1929 ⁽⁶³⁾ par la Cour suprême : « Vu l'article 232 C. comm. : Attendu qu'il résulte de ce texte que le capitaine du navire, lorsqu'il se trouve hors du domicile des propriétaires ou de leurs fondés de pouvoirs, *peut, en sa qualité de représentant légal de l'armateur, faire tous les actes nécessaires à la conservation et à l'exploitation de ce navire.* »

La Chambre civile mettait ainsi en pleine lumière le caractère propre du capitaine : sa qualité de représentant légal. Et elle voyait dans le concept de représentation légale une notion bien vivante, puisqu'elle justifiait en l'invoquant les actes susceptibles d'être accomplis pour mener à bonne fin l'expédition entreprise. Nous avons remarqué, en analysant des dispositions du Code de commerce, que le capitaine avait reçu des pouvoirs très larges en vertu desquels il lui était possible d'obliger celui qu'il représentait; la Cour de cassation apporte une précision en déclarant que ces actes sont possibles parce que le capitaine est le représentant *légal* de l'armateur.

De sorte que des obligations naissent sur la tête du représenté, même s'il manifeste une volonté contraire : « Attendu, ajoute l'arrêt du 9 juillet 1929, que le droit de le fréter (le navire) que lui reconnaît la loi implique celui de consentir la réalisation du contrat d'affrètement ou d'en modifier les clauses; que cette faculté est comprise dans les pouvoirs fort étendus qui sont indispensables à la bonne gestion des intérêts qui lui sont confiés; *que, dès lors, les modifications acceptées par le capitaine et inscrites sur le connaissance sont opposables à l'armateur;...* » Ainsi, la représentation joue à l'occasion d'un

(63) Civ., 9 juill. 1929, S., 29. 1. 311.

acte conclu par le représentant légal avec un tiers : si le premier n'a pas dépassé la sphère d'activité décrite par les textes, le représenté supporte le poids de l'acte sans que l'on doive rechercher si telle a été réellement sa volonté. L'opération effectuée par le capitaine oblige directement l'armateur, auquel n'est point réservée la faculté de se soustraire aux effets de l'acte s'il en juge les conditions trop onéreuses. La représentation joue parfois contre la volonté du représenté.

L'arrêt que nous avons reproduit reste fidèle à la tendance de la jurisprudence, qui a toujours accordé des pouvoirs très larges au capitaine de navire afin de lui faciliter l'accomplissement de sa mission. Il a été jugé qu'au cas de nécessité le capitaine avait le droit d'accomplir des actes juridiques malgré la défense de l'armateur ⁽⁶⁴⁾, de même qu'il peut enfreindre les ordres qui lui sont donnés si une manœuvre périlleuse lui était commandée ⁽⁶⁵⁾. Il ne pourrait, dans le contrat d'engagement, faire abandon de ses pouvoirs techniques, et la disposition qui aurait pour but de lui enlever une partie de ses pouvoirs serait atteinte de nullité ⁽⁶⁶⁾. La loi et la jurisprudence assurent donc l'indépendance du capitaine de navire. La description des faits nous montre l'existence d'une organisation spéciale de la représentation juridique adaptée aux besoins du commerce maritime et caractérisée en ce que le représentant légal jouit d'une liberté d'action que la loi lui donne pour que sa tâche soit facilitée.

Lorsque le capitaine agit pour les besoins du navire, l'armateur est lié immédiatement : il supportera les obli-

(64) Le Havre, 28 févr. 1887, *J. Clunet*, 1887, p. 320.

(65) Alger, 21 juin 1893, *Rev. int. dr. marit.*, IX, 498.

(66) Cass., 4 juin 1834, D., 34. 1. 262.

gations assumées par son représentant ou bénéficiera des contrats favorables qui auront été conclus. Ce sont là des conséquences qui sont maintenant familières au lecteur, mais il est à remarquer que, dans l'espèce, le phénomène de la représentation est poussé jusqu'à ses dernières limites puisqu'il fait courber devant lui la règle : « Nul en France ne plaide par procureur ». En effet, dans tous les procès qui intéressent le navire, l'armateur est représenté par le capitaine : celui-ci engage seul des instances, il peut être assigné seul comme défendeur, et ce qui sera jugé ainsi pour ou contre lui sera censé l'être pour ou contre l'armateur ⁽⁶⁷⁾. Nous n'insisterons pas sur une norme propre au droit de la procédure, dont nous nous sommes interdit l'accès dans l'introduction; nous ne l'avons mentionnée que pour mettre mieux en relief l'action du représentant légal et pour saisir l'étendue des conséquences qui résultent de l'attribution de cette qualité au capitaine de navire.

Mais la notion de représentation légale élaborée par la loi dans le cadre qui nous est connu n'embrasse pas que des actes juridiques; elle s'étend à des opérations matérielles que le capitaine a le droit d'accomplir parce qu'il est le représentant légal de l'armateur. C'est le capitaine qui est chargé de « préparer l'expédition et à cet effet aménager le navire, le pourvoir de tout ce qui lui est matériellement nécessaire » (art. 232); il reçoit la mission d'assurer l'armement du navire au sens matériel du terme. C'est à lui qu'incombe aussi la tâche de procéder au chargement des marchandises et surtout à leur arrimage, c'est-

(67) Cass., 20 août 1878, S., 76. 1. 117; Req. 24 janv. 1910, D., 41. 1. 471, S., 13. 1. 239.

à-dire de leur donner dans le bâtiment la place qu'elles doivent occuper d'après leur nature ou celle qui a été portée sur le connaissement.

Pendant le voyage, le capitaine sera amené à effectuer des opérations matérielles en prenant les mesures qu'il jugera nécessaires à la conservation du navire et de son chargement de même qu'il veillera à les mener à destination dans des conditions normales. Il prendra, à l'arrivée, les mêmes soins dans la délivrance des marchandises aux chargeurs et aux consignataires.

Adaptée aux besoins du commerce maritime et appliquée au capitaine de navire, la représentation juridique apparaît comme un ensemble de règles donnant à une personne le pouvoir d'en lier une autre vis-à-vis des tiers, en jouissant à l'occasion des actes accomplis d'une grande liberté d'action vis-à-vis du représenté, qui peut être obligé contre sa volonté; elle englobe à la fois des actes juridiques et des opérations matérielles, que le capitaine peut effectuer en sa qualité de représentant légal.

Avec l'étude de la situation du capitaine de navire se trouve clos l'examen des applications de la représentation en droit privé moderne, qui était le but assigné à la première partie de notre travail; les exemples que nous avons pris ne sont pas limitatifs, ils ne signifient point que la représentation joue seulement dans les matières qui ont été retenues. Mais les cas laissés dans l'ombre sont susceptibles d'être rattachés à l'une des situations qui ont été décrites et de se mouler sur l'une des analyses auxquelles il a été procédé. Les faits n'auraient donc pu apporter aucune vue nouvelle sur la solution à donner à la nature juridique de la représentation.

Voilà inventoriées les consécutions légales de la notion

de représentation et le travail de la jurisprudence. Vaudrait-il la peine d'effectuer cet inventaire si nous n'avions d'autre but, si nous n'étions pas résolu à voir plus loin pour voir plus clair, si nous n'abordions pas de front le problème dont les données font apparaître toute l'étendue : la nature juridique de la représentation en droit privé moderne.

DEUXIÈME PARTIE

CONSTRUCTION

THÉORIQUE DE LA REPRÉSENTATION

CHAPITRE PREMIER

ETUDE CRITIQUE DES CONCEPTIONS EMISES SUR LA NOTION DE REPRESENTATION

Nous nous demanderons d'abord si l'intitulé de cette deuxième partie peut être maintenu, car des auteurs éminents ont affirmé que la représentation juridique n'est qu'un mot ne répondant à rien de réel. Si l'existence de la représentation doit être admise, la doctrine traditionnelle qui fait appel à l'idée de fiction est-elle suffisante? Ou vaut-il mieux recourir au principe classique de l'autonomie de la volonté, principe appliqué purement et simplement ou à l'aide d'une variante, la représentation apparaissant comme une modalité de l'acte juridique? Tels sont les points qui seront développés dans ce chapitre.

SECTION PREMIERE

PREMIÈRE CONCEPTION : LA REPRÉSENTATION EST UNE NOTION INUTILE

Tel est le verdict sévère porté par Duguit et développé à différentes reprises par l'éminent publiciste. Cette excommunication mérite un examen avant toute autre doctrine proposée, car il serait inutile et d'ailleurs impossible de construire si l'édifice devait s'élever sur le néant.

Ce n'est point à la légère que le chef de l'Ecole réaliste a prononcé l'exclusive : « Cette notion de la représentation m'a toujours fortement embarrassé. Après de longs efforts, je suis enfin arrivé à comprendre qu'elle est complètement inutile et qu'il faut l'éliminer entièrement. Il était complètement inutile d'imaginer la représentation, et il est complètement inutile de chercher à l'expliquer. » (1). Voilà des termes qui ne prêtent pas à confusion. Civilistes, écarterez donc « toutes les questions de représentation, qui, depuis des siècles, ont provoqué entre les juristes d'interminables controverses, particulièrement dans le droit public » (2).

Mais, cependant, des auteurs se sont efforcés d'approfondir cette notion : que sont devenus et que produiront leurs efforts ? « Tentative inutile, fatalement vouée à l'échec. On finira, tôt ou tard, par s'apercevoir que tout ce fatras de discussions et de fictions ne sert de rien..., et je ne parviens pas à comprendre comment, pour expliquer ce qui se passe, on imagine telle ou telle conception, plus ou

(1) Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, 3^e éd., p. 475.

(2) Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, t. II, p. 289.

moins subtile, plus ou moins ingénieuse, de représentation » (3).

Avec Duguit, le doute n'est donc plus permis; le rejet d'un tel concept s'impose : il serait vain de vouloir vivifier le néant, il serait vain de prétendre maintenir à côté de notions vivantes une idée essentiellement artificielle due à la seule imagination des juristes.

Ceux-ci auraient-ils donc créé pour le seul plaisir de créer? Duguit aperçoit la cause de ces errements dans « l'idée fausse d'après laquelle c'est la volonté du sujet se manifestant dans l'acte juridique qui est la cause créatrice de l'effet de droit qui le suit. Et, en effet, dans cette conception, si l'individu qui est partie à l'acte juridique est dépourvu de volonté et que l'acte juridique produise des effets à son égard, il faut bien dire que la volonté qui a participé à l'acte juridique produit cet effet comme si elle était la volonté de l'inconscient. Autrement, l'effet de droit serait inexplicable, et c'est pourquoi on a imaginé la fiction de la représentation » (4).

Aussi il n'est que temps de faire justice de tels errements, qui traduisent de « pures conceptions de l'esprit », lesquelles « ne sont que des complications inutiles » (5), ou encore de « ces vues de l'esprit chères à Saleilles, mais qui compliquent et embrouillent tout » (6). La représentation doit donc être rejetée parce qu'elle n'est qu'un produit de l'esprit ne recouvrant rien de réel : elle est la conséquence d'une analyse inexacte du rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique.

(3) Duguit, *cod. loc.*

(4) Duguit, *Traité*, t. I, p. 473.

(5) Duguit, *op. cit.*, p. 493.

(6) Duguit, *op. cit.*, p. 476.

Les juristes auraient mauvaise grâce à vouloir maintenir dans la science du Droit le concept complexe de représentation, alors que sa propre disparition entraîne celle de difficultés innombrables et qu'il leur est offert à la place une formule des plus simples : « Lorsqu'un sujet exerçant la compétence que lui donne le droit objectif fait un acte d'ordre juridique qui, par son objet et par son but, correspond aux intérêts moraux ou matériels d'un individu dépourvu de raison, des effets de droit se produisent correspondant à ces intérêts, parce que ces intérêts sont légitimement protégés et parce que le droit objectif attache certaines conséquences à la déclaration de volonté faite dans ces conditions et ayant l'objet et le but que l'on vient d'indiquer » (7).

Nous avons tenu à reproduire intégralement les formules par lesquelles Duguit repousse la représentation juridique parce qu'elles nous ont paru des plus sévères et pour que le lecteur ne puisse pas être tenté de croire que nous ayons dépassé ou déformé la pensée de l'auteur. Des sentences aussi catégoriques, une excommunication aussi nette, légitiment une réponse des plus franches.

Et nous répondons qu'il ne suffit pas de nier une notion pour la faire disparaître! Nous admettons la représentation, nous proclamons son existence après l'avoir vue fonctionner dans la réalité sociale et au nom même des principes fondamentaux de la doctrine défendue si ardemment par Duguit. Le chef de l'Ecole réaliste n'a-t-il point écrit, en effet : « Je n'admets comme réel, dans le monde social comme dans le monde physique, que ce que je constate par l'observation directe; et tout ce que je constate ainsi, je

(7) Duguit, *op. cit.*, p. 475.

l'admets comme réel. Il n'y a de réel que l'observable, et tout l'observable est réel. Tel est le postulat indispensable de toute science. Mais il ne faut pas aller au delà » (8).

Nous avons examiné dans la première partie de notre travail le mécanisme de la représentation juridique, nous en avons observé de multiples applications. En disant que la représentation n'est pas un simple mot, mais une réalité, nous ne concluons pas, nous ne formulons pas une déduction, nous constatons directement, nous acceptons un fait qui se présente à notre observation. Ce fait s'impose au même titre que les autres faits admis par l'Ecole réaliste, il ne doit pas être rejeté parce que ce serait écarter la réalité. Réalité brutale peut-être mais réalité impérieuse. Et, vraiment, les partisans de cette doctrine réaliste, pour qui ce dernier mot seul est synonyme de scientifique, seraient bien mal venus à repousser le fait de la représentation précisément parce que c'est un fait et que, de ce chef, ils n'ont ni à le critiquer ni à le justifier (9).

Duguit décide qu'il ne faut pas aller au delà de l'observable : serait-il permis de rester arbitrairement en deçà ? L'exposé descriptif des applications de la représentation auquel nous avons procédé constituerait-il le domaine des « pures conceptions de l'esprit » ? Le but du législateur aurait-il été de tout embrouiller et de tout compliquer en organisant, en 1929, la représentation de la masse des porteurs de parts de fondateurs ? Qu'on fasse diligence pour empêcher le vote du projet de loi relatif à l'organi-

(8) Duguit, *op. cit.*, p. 462.

(9) Duguit, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, p. 160 : « Je prends comme un fait la détention de la richesse capitaliste par un certain nombre d'individus. Je n'ai point à critiquer ou à justifier ce fait; ce serait peine perdue, précisément parce que c'est un fait. »

sation des obligataires! Simple vue de l'esprit que ce jugement du Tribunal civil de Marseille en date du 23 juillet 1928 et disposant que les porteurs d'obligations seront convoqués pour constituer une association et « nommer des administrateurs mandataires *chargés de la représenter vis-à-vis de la société débitrice et des tiers* » (10).

Les attaques de Duguit tiennent au caractère artificiel attribué à la représentation juridique. L'auteur développe avec force le syllogisme suivant :

La représentation est une notion artificielle;

Or, la science doit rejeter l'artificiel et n'admettre que le réel :

Donc, la représentation doit être rejetée.

Partant de cette idée, qu'il considère comme acquise et inéluctable, que la représentation est un mot, et rien de plus, Duguit avance qu'elle ne sert qu'à embrouiller; seulement, avant de passer à la conclusion, il aurait fallu prouver le prétendu caractère artificiel. Il ne suffisait pas d'affirmer, il aurait fallu démontrer que ce mot ne traduit dans la vie rien de réel; mais Duguit n'a point songé à cette démonstration préliminaire, qui était cependant indispensable.

Au syllogisme qui commanderait le rejet de la représentation, nous opposons le suivant :

La représentation est un phénomène observable (première partie de notre thèse);

Or, « tout l'observable est réel » (doctrine de Duguit) :

Donc la représentation est quelque chose de réel.

Ainsi, en se plaçant sur le terrain propre à la doctrine réaliste, la réfutation s'opère d'elle-même, l'admission de

(10) *Ann. dr. comm.*, 1929, p. 381.

la représentation juridique comme l'une des notions fondamentales de notre droit privé moderne est une nécessité qu'il serait vain de vouloir éluder; en affirmant l'existence de la représentation, nous ne faisons qu'appliquer les principes posés par Duguit, et rien de plus ⁽¹¹⁾.

Quand l'éminent auteur rejette cette notion, il ne se prononce pas au nom des faits, mais en vertu d'une théorie construite sur certains faits; or, il est manifeste que ce système est, dans l'espèce, le résultat d'observations incomplètes, de généralisations trop rapides.

La représentation a une existence réelle, elle n'est pas qu'une vue de l'esprit : c'est là un fait. Et ainsi disparaissent avec toute leur rigidité les formules de Duguit, qui, par leur mâle assurance, étaient susceptibles de surprendre le lecteur.

Nous enregistrons à cette place la réalité de la représentation sans approfondir le grief d'après lequel le maintien de ce concept serait dû à une analyse insuffisante du rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique; nous y répondrons quand le moment sera venu de développer la solution proposée quant à la nature juridique de la représentation.

SECTION II

DEUXIÈME CONCEPTION : LA REPRÉSENTATION EST UNE FICTION

Les auteurs qui écartent résolument la représentation juridique ne sont peut-être pas les plus dangereux, mais

(11) Duguit, *Traité*, t. II, p. 74 : « Comme Michoud, je vois dans une théorie juridique une classification synthétique des faits réels afin de déterminer une règle; mais cette règle s'impose non pas, comme il le dit, aux faits, mais aux individus qui se trouvent en présence de ces faits. » Nous essayerons d'élaborer, en partant des faits, une règle s'imposant aux disciples de l'Ecole réaliste qui seront en face de ces faits.

bien plutôt ceux qui négligent de se livrer à une analyse pénétrante pour l'envelopper délicatement sous le terme creux de fiction, qui devrait être banni de la science du Droit.

Si la théorie de la fiction n'était présentée que dans des thèses de doctorat par trop superficielles, le mal, en vérité, ne serait pas bien grand; mais ce système est encore prôné de nos jours dans des ouvrages de droit civil et l'autorité — incontestable d'ailleurs — des grands noms derrière lesquels elle s'abrite, lui permet, sinon de se développer, du moins de ne pas mourir.

Elle constitue ⁽¹²⁾ la doctrine traditionnelle française : « Il faut recourir à une fiction, écrivait Labbé ⁽¹³⁾, pour dire que celui qui a figuré, consenti dans un acte, n'est pas obligé alors qu'est obligé quelqu'un qui n'y a pas figuré. » Sous quel aspect apparaît le représentant? Il a « endossé la personnalité du représenté » pour l'accomplissement de cette opération complexe qu'est la représentation. L'acte réalisé, le représentant abandonne la personnalité d'emprunt qu'il avait revêtue, le représenté est censé avoir agi lui-même. Comment voir dans cet artifice autre chose qu'une fiction?

Et les auteurs n'ont pas manqué de développer cette image qui permettait de glisser sur les difficultés sans les aborder de front. Écoutons M. Planiol : « Pour que ce phénomène juridique de la représentation d'une personne par une autre puisse se produire, il faut que le mandataire

(12) Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^e éd., 1929, p. 364; Planiol, Ripert et Esmein (*Obligations*, t. IV, 1930, p. 73) examinent, au sujet de la représentation, « la théorie traditionnelle de la fiction ».

(13) Labbé, *Dissertation sur les effets de la ratification des actes d'un gérant d'affaires*, p. 44.

ait reçu un pouvoir de son mandant... Ainsi le mandat est la collation d'un pouvoir, une sorte d'investiture mystique analogue à la collation des ordres religieux; il donne à la personne qui le reçoit une force spéciale, le moyen d'accomplir certaines choses qui seraient impossibles sans lui » (14).

C'est toujours la même idée que l'on exprime quand on avance que le mandant est censé avoir accompli l'acte passé par le mandataire et l'esprit critique des juristes paraît satisfait après le prononcé de la formule classique : *Qui mandat, ipse fecisse videtur* (15).

Plusieurs thèses de doctorat ont eu pour but d'établir le bien-fondé de cette doctrine (16) qu'enseignent encore MM. Planiol et Ripert dans leur *Traité de droit civil*. Analysant la situation du tuteur, les savants auteurs s'expriment ainsi : « On sait ce qu'est la représentation dans les actes juridiques, fiction qui répute faits par le représenté, en l'espèce le pupille, les actes accomplis pour lui par le représentant, en l'espèce, le tuteur » (17). Et, s'agis-

(14) Note sous Cass., 18 juill. 1892, D., 92. 1. 885. Le passage de M. Planiol nous paraît être une manifestation du mysticisme juridique. dans le sens donné à cette formule par M. Bonnet-Case (Science du Droit et romantisme. 1928, p. 197 à 211).

(15) Troplong, *Du mandat*, p. 565; Pothier, *Du mandat*, édition Bugnet, n° 87, p. 207 : « le mandant est censé contracter ».

(16) Boyer, *Essai sur la représentation dans les actes juridiques*, thèse Toulouse, 1898 : « La représentation est une fiction juridique en vertu de laquelle la personnalité du représenté se trouve transportée sur une autre tête, sur la personnalité d'emprunt du représentant. » — E. Maenin, *De la représentation*, thèse Paris, 1899, p. 6 : « La représentation est une institution purement arbitraire, une création artificielle du législateur, une fiction légale destinée à faciliter les rapports entre les hommes », « c'est par une fiction exorbitante qu'une personne, dans la représentation, abdique sa propre personnalité, sort d'elle-même en quelque sorte pour revêtir la personnalité d'un tiers. » — Adde Bouquier, *Etude générale de la représentation dans les actes juridiques*, thèse Montpellier, 1899. La formule proposée est toujours celle de la fiction.

(17) Planiol et Ripert, *Traité*, t. I, 11^e éd., n° 1848.

sant du mandat entre époux, pour montrer que les effets de l'acte se produisent dans le patrimoine du mandataire, et non du mandant. « C'est toujours celui des deux qui donne mandat à l'autre qui est réputé accomplir l'acte faisant l'objet du mandat, grâce à la fiction de la représentation dans les actes juridiques » (18).

Et si l'on en croyait l'auteur d'une thèse toute récente sur cette matière, M. Popesco-Ramniceano, le système de la fiction ainsi présenté ne serait pas autre que celui des rédacteurs du Code civil (19).

La formule de la fiction n'a pas, en réalité, plus de valeur au point de vue juridique que n'en avait dans le domaine des sciences physiques cette autre bien connue : la nature a horreur du vide. Elle ne signifie rien, si ce n'est un simple aveu d'impuissance à expliquer le mécanisme d'une notion; elle est l'acte brutal par lequel le juriste se déclare vaincu dans sa lutte pour le savoir; elle est un arrêt décevant dans cette marche vers « le réel, qui

(18) Planiol et Ripert, *Traité*, t. II, 40^e éd., p. 749, n° 2240 bis. Nous devons toutefois ajouter que dans le *Traité pratique de droit civil français*. MM. Planiol, Ripert et Esmein rejettent le système de la fiction : « D'autre part, la doctrine traditionnelle de la fiction est en défaut lorsque le représentant tient son pouvoir de la loi ou du juge, auquel cas la personne représentée est sans volonté efficace. Il en est pareillement dans la gestion d'affaires quand le représentant a agi spontanément, à l'insu du maître, en tout cas sans son consentement préalable. » (*Traité*, t. VI, *Obligations*, 1930, p. 73, n° 33.) Les savants auteurs écartent la théorie de la fiction, mais il ne disent pas quelle est la nature juridique de la représentation. La question reste donc entière : il ne suffit pas de montrer comment elle se présente, il faut aussi trouver une solution.

Notons que la même attitude est observée par M. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, t. I, 1930, p. 98, n° 156. Le phénomène de la représentation y est décrit, mais on y chercherait en vain l'explication juridique. V. aussi l'analyse du mandat représentatif, t. II, p. 666, n° 1399, et p. 676, n° 1417.

(19) Popesco-Ramniceano, *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé*, thèse Paris, 1927, p. 197. L'auteur n'accepte d'ailleurs point l'idée de fiction.

est le pôle de nos intelligences et dont nous tendons à nous approcher sans cesse » (20).

En effet, la fiction n'est pas autre chose qu'une altération de la réalité, une déformation des phénomènes qui subissent l'emprise de notre entendement. C'est « dans les cas exceptionnels où le concept rompt de parti pris avec la représentation naturelle des choses que nous pouvons parler de fiction » (21).

Un procédé de l'esprit qui par sa nature même désagrège et brise dans leur essence les données les plus sûres de l'observation directe constitue donc un « mensonge technique », il n'aboutit qu'à fausser le problème sans l'expliquer.

Comment prétendre que le représenté est censé avoir agi lui-même lorsque le phénomène de la représentation se réalise à son encontre, malgré lui ? Comment soutenir que l'armateur est réputé avoir passé l'acte du capitaine de navire alors que précisément il s'y est opposé ? Et, cependant, nous l'avons vu, le représentant légal engage alors le représenté. Se hasarderait-on à avancer qu'un porteur de parts de fondateurs est censé avoir passé lui-même le contrat conclu par son représentant légal, alors qu'à l'assemblée générale il a, par un vote contraire, marqué son refus de déléguer un tel pouvoir sur son patrimoine ? Or, il sera obligé. Si l'on accepte cette idée de fiction, il faut admettre que la volonté du tuteur est réputée être celle du pupille, ce dernier étant âgé de quelques mois à peine ; la volonté de l'administrateur des biens de l'aliéné serait réputée être celle d'une personne inca-

(20) J. Chevalier. *Le concept et l'idée, Mélanges Hauriou*, 1929, p. 138.

(21) Génry, *Science et technique en droit privé positif*, t. III, p. 135.

pable de discernement. Telle est l'explication proposée par la « doctrine traditionnelle » française.

Fausse dans son application à la représentation légale, elle devient absolument inutile s'il s'agit de la représentation conventionnelle : point n'est besoin de déclarer que le représenté est censé avoir voulu l'acte accompli par le représentant. L'acte a été réellement voulu par le représenté : assertion des plus simples, à laquelle la formule de la fiction n'ajoute rien. Il faut ensuite savoir pourquoi la manifestation de volonté du représentant aboutit à lier le représenté et le tiers : avec l'idée de fiction, on ne l'explique pas, la formule seule change. Qu'on écarte donc un système dont le seul résultat est de compliquer.

Ce qui montre bien que la fiction se borne à poser le problème d'une façon différente sans le résoudre, c'est que des auteurs ont prétendu, en se fondant sur la même idée, justifier la solution inverse, à savoir que le représentant est le véritable contractant. « On imaginera, déclare Windscheid, le contrat du représentant comme étant celui du représenté »; ou encore : « La déclaration de volonté du représentant sera imaginée comme étant celle du représenté » ⁽²²⁾. Un système qui, par sa nature même, est impuissant à apporter une solution ferme doit être résolument écarté; il heurte la raison d'être de la science, qui est la recherche des causes. En le rejetant, nous suivrons les sages conseils de M. Gény : « Il est bien clair que l'artifice de la pensée ne se légitime qu'autant qu'il contribue à mettre mieux en valeur les données fondamentales et que, dès qu'il ébranlerait celles-ci au lieu de les soutenir, il devrait s'effacer devant les réalités supérieures. » ⁽²³⁾.

(22) G. Windscheid, *Pandekten*, II, § 313.

(23) Gény, *Science et technique en droit privé positif*, t. IV, n° 284.

Puisque la fiction ébranle le « donné », qui constitue la représentation juridique, bannissons-la.

SECTION III

TROISIÈME CONCEPTION :

LA REPRÉSENTATION REPOSE SUR LE PRINCIPE DE L'AUTONOMIE DE LA VOLONTÉ

Il est surprenant que la théorie de la fiction soit demeurée la doctrine traditionnelle, car d'autres solutions plus solides en apparence ont été proposées : certaines reposent, soit tacitement, soit en termes formels, sur le principe classique de l'autonomie de la volonté.

§ 1. — Auteurs voyant dans la représentation juridique une application du principe de l'autonomie de la volonté.

M. Pilon, dans sa thèse de doctorat devenue classique ⁽²⁴⁾, propose la formule suivante : « La représentation s'analyse juridiquement dans la substitution réelle et complète de la personnalité du représentant à celle du représenté; en d'autres termes, c'est la volonté du représentant se substituant à celle du représenté, qui participe directement et réellement à la formation du contrat, qui produira ses effets dans le patrimoine du représenté. » ⁽²⁵⁾.

La conception ainsi mise en avant serait impliquée par une juste analyse de la notion d'obligation, laquelle n'est

(24) Pilon, *Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations*, thèse Caen, 1897.

(25) Pilon, *op. cit.*, n° 34, p. 47.

pas tant un lien entre deux personnes qu'un « lien entre deux patrimoines » : séparé du sujet de droit, en qui l'on a l'habitude de voir son support nécessaire, le patrimoine peut se trouver engagé par une volonté autre que celle de son titulaire. Cette idée seule permet d'expliquer l'acte du représentant (26). Voilà la représentation possible.

Pourquoi se produit-elle ? Pourquoi le patrimoine du représenté sera-t-il engagé par les agissements du représentant ? On a reproché à M. Pilon d'avoir laissé sans réponse cette grave question (27) : critique injustifiée. « Le rapport de représentation, ajoute le savant professeur, est le résultat des trois volontés du représentant, du représenté et du tiers. » (28). Et encore : « Trois volontés sont, en effet, nécessaires pour *créer* le rapport de représentation. » (29).

Ainsi le phénomène de la représentation exige dans des conditions déterminées le concours de plusieurs volontés, lesquelles, de leurs seules forces, créent le rapport juridique envisagé. C'est donc le rôle créateur de la volonté dans la formation de l'acte, qui, en dernière analyse, résoudrait le problème.

Aussi nettes les formules de M. Corbesco (30) : « Pour nous, dit-il, la théorie de la représentation repose sur l'application la plus large et la plus éclairée du principe de l'autonomie de la volonté. Elle implique la possibilité pour une personne de faire de sa propre initiative des actes juridiques dont les effets se produiront directement et immédiatement dans le patrimoine du représenté. »

(26) Pilon, *op. cit.*, p. 48 et s.

(27) Corbesco, *De la représentation dans les actes juridiques et principalement dans les contrats*, thèse Paris, 1912, p. 38. Nous disons que M. Pilon a répondu à cette question, mais nous verrons que cette réponse est tout à fait insuffisante.

(28) Pilon, *op. cit.*, n° 36, p. 81.

(29) Pilon, *op. cit.*, p. 319.

(30) Corbesco, *op. cit.*, n° 89, p. 77.

M. Capitant semble bien se rallier à cette théorie quand, après avoir repoussé le système de la fiction, il déclare que l'on devrait « reconnaître enfin qu'un acte juridique peut produire ses effets sur la tête d'une personne autre que celui qui l'accomplit » (31). Mais cette faculté reconnue, toutes les difficultés ne sont pas aplanies et il s'agit de déterminer le fondement de la force obligatoire de l'acte juridique. Celui-ci est défini « une manifestation extérieure de volonté qui est faite en vue d'acquérir, de transmettre, de modifier ou d'éteindre un droit et qui produit l'effet voulu par son auteur parce que le Droit sanctionne cette manifestation de volonté » (32). Cette formule semble assez éloignée du principe de l'autonomie de la volonté, puisque la norme positive intervient nettement dans la formation du rapport de droit : les effets consécutifs à la passation de l'acte juridique sont-ils produits par la loi, et non par la volonté ? « Le Droit, ajoute l'éminent auteur, attache à cet acte un effet juridique parce que cet effet a été voulu par l'auteur. Si la volonté n'existait pas, cet effet ne se

(31) Capitant, *Introduction à l'étude du droit*, 3^e éd., 1929, p. 363.

(32) Capitant, *op. cit.*, n° 230, p. 276. Nous ne pouvons nous empêcher d'attirer d'ores et déjà l'attention du lecteur sur une formule reproduite : « Si la volonté n'existait pas, cet effet ne se produirait pas; on peut donc dire qu'il découle directement de la volonté. » Nous n'adopterons quant à nous cette formule que si l'on nous permet d'accepter cette autre calquée fidèlement sur la première : Si la nuit n'existait pas, le jour ne se produirait pas; on peut donc dire que le jour découle directement de la nuit, ou, en d'autres termes, c'est la nuit qui crée le jour. Ce n'est point parce qu'un phénomène joue le rôle d'antécédent par rapport à un autre phénomène que le premier est la cause créatrice du second; cette situation peut être le résultat d'une simple coïncidence. La manifestation de volonté, qui, dans l'acte juridique, précède toujours l'effet de droit, peut être ou sa cause créatrice ou la condition d'application d'une règle qui créera cet effet de droit. Et que le lecteur ne pense pas qu'il s'agit là d'une remarque toute théorique; nous verrons que cette raison seule nous empêche de partir de la définition donnée par M. Capitant de l'acte juridique pour édifier la théorie de la représentation.

produirait pas : *on peut donc dire qu'il découle directement de la volonté.* »

§ 2. — Critique de cette théorie ; son impuissance à résoudre le problème de la représentation juridique.

La doctrine de l'autonomie de la volonté, à laquelle nous nous heurtons, jouit encore à l'heure présente d'un trop grand prestige pour que nous l'attaquions à la légère : puisque c'est en elle que résiderait l'explication dernière de la représentation, il est indispensable d'en connaître les données fondamentales, d'autant plus que les auteurs qui font appel à ses principes se contentent d'une simple affirmation sans en démontrer le bien-fondé pratique.

Défendue par la majorité des civilistes, elle capterait l'adhésion de tout esprit avec la puissance inéluctable d'un axiome : l'attaquer équivaldrait à saper les bases de l'organisation juridique de la vie sociale sagement comprise. Qu'enseigne-t-elle donc ?

Elle pose la toute-puissance de la volonté dans le domaine du Droit. C'est la volonté qui, par sa seule force, crée des droits et des obligations : elle est l'élément prépondérant et souverain dans la formation de l'acte juridique, elle en constitue la structure la plus intime comme la cause efficiente. Le lien de droit consécutif à la conclusion du contrat est créé par la concordance des volontés individuelles ; la force obligatoire qui en résulte a sa source unique et immédiate dans l'accord qui s'est réalisé. « Je ne suis obligé par un acte juridique que si je le veux, au moment où je le veux et dans la mesure où je le veux » (33).

(33) Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, thèse Dijon, 1912, p. 136.

Telle serait l'origine exacte de tout rapport d'obligation : la volonté individuelle.

Et ce serait peine perdue pour le juriste que de pousser plus loin ses investigations : « Le contrat oblige tout simplement parce qu'il est le contrat, c'est-à-dire l'accord libre de deux volontés naturellement créatrices de droit, la manifestation la plus haute et la plus réfléchie de l'autonomie initiale du vouloir individuel. » « Mettre en doute la force obligatoire du contrat, ce serait douter que le droit fût le droit. » (34).

Pour faire admettre la possibilité du rôle créateur de la volonté dans le domaine juridique, il fallait que fût reconnue sans doute aucun la force inhérente à cette faculté. La doctrine individualiste pure qui domine notre Code civil et qui apparaît comme la traduction juridique de la thèse de Rousseau allait offrir une assise des plus sûres au principe de l'autonomie de la volonté, tout en lui apportant une apparence de justification philosophique qui lui était indispensable. On connaît le fondement de cette doctrine : l'homme, par le fait qu'il est homme, possède des droits dont aucune puissance au monde ne saurait le dépouiller sans son consentement. Il a toutefois compris qu'il était de son intérêt de se grouper en société et qu'il lui fallait limiter certains de ses droits pour que fût possible et fonctionne normalement la vie en commun : mais, notons-le, ces limitations volontaires de l'activité propre à chacun ne se conçoivent que dans la mesure où elles sont nécessaires pour que s'épanouisse mieux la liberté de tous, et parce qu'à l'origine l'homme y a personnellement consenti. La société a donc une origine contractuelle et la volonté seule

(34) Gounot, *op. cit.*, p. 129.

a créé ce contrat, vaste rouage destiné à régler les rapports des individus entre eux.

Sur ce piédestal de granit, le dogme de l'autonomie de la volonté devait s'élever resplendissant de lumière et permettre aux juristes de pénétrer le mécanisme interne de toutes les branches du Droit : puisque c'est l'individu qui a créé la société en lui concédant certaines de ses prérogatives qu'il détenait naturellement, il ne pourra, partout et toujours, être contraint par le groupe social que si sa volonté a accepté ce mode de contrainte. Si la loi intervient pour poser des règles, si elle réduit la sphère de notre activité libre sous la pression de la contrainte extérieure, c'est en vertu d'une force qu'elle a déjà puisée dans notre adhésion expresse ou tacite à la norme; car la loi, comme l'acte initial créateur de la société, a elle-même une origine contractuelle, elle trouve sa raison d'être dans les volontés concordantes des individus, elle est créée par elles.

Si la volonté est la cause efficiente de toute loi, à plus forte raison faudra-t-il admettre sa fonction créatrice sur un terrain qui est son domaine par excellence : le contrat. On est alors en face de volontés qui s'organisent d'elles-mêmes, qui limitent leurs pouvoirs : elles déterminent seules les bornes de la puissance qu'elles portent en elles, elles précisent l'étendue de leur champ d'application. Elles font ainsi un acte qui leur tiendra lieu de loi (art. 1134) et qui présente avec celle-ci une différence de degré, et non de nature. Les effets qui en résultent sont bien créés par les volontés, puisqu'ils n'existent que par elles; la norme, dans son intervention, n'a rien ajouté, même pour sauvegarder l'idée de justice, car, selon le mot célèbre de Fouillée, « Qui dit contractuel, dit juste. »

La volonté crée le Droit : formule qui serait l'explication dernière de la vie juridique tout entière.

Telles sont les données fondamentales du principe de l'autonomie de la volonté invoqué par des auteurs pour résoudre le problème de la représentation. Même présenté sous une forme succincte, il permettra au lecteur de saisir l'application qui en est faite au sujet que nous étudions, en même temps qu'il sera pour lui un guide sûr dans l'appréciation des conséquences qui en dérivent.

Partant de la théorie de l'autonomie de la volonté, qui « implique la possibilité » de l'acte du représentant, M. Corbesco décide que « dans cet ordre d'idées, la limite extrême à l'empiétement de la volonté d'une personne sur l'activité juridique d'une autre est l'opposition expresse de celle-ci » (35).

Et M. Pilon traduisait en des termes aussi clairs l'application du même principe quand il écrivait : « Puisque la représentation a pour résultat de faire naître les effets d'un contrat dans le patrimoine d'une personne qui n'a pas pris directement part à sa conclusion, il faut au moins que cette personne en ait manifesté l'intention. En admettant la formation d'un lien direct entre le représentant et le tiers contractant, la loi sanctionne donc l'intention commune du représentant, du représenté et du tiers contractant; elle applique simplement l'article 1134, d'après lequel les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. » (36).

Quelle est la valeur de cette solution ? Bien que nous heurtions une doctrine communément admise (37), nous n'hésiterons pas à déclarer que le rejet d'un tel système

(35) Corbesco, *op. cit.*, p. 77, n° 89.

(36) Pilon, *op. cit.*, p. 132, n° 93.

(37) Selon M. Lévy-Ullmann (*op. cit.*), « dans les législations où, comme en France, la conception subjective du rapport obligatoire se maintient intégralement, la logique devait conduire à faire reposer la théorie de la représentation » sur le principe de l'autonomie de la volonté.

s'impose parce qu'il est absolument impossible de l'appliquer aux faits qu'il doit régir; bien plus, les faits eux-mêmes révèlent l'insuffisance manifeste de la solution proposée comme l'inanité du principe qui lui sert de support.

Il serait vain de vouloir concilier la théorie de l'autonomie de la volonté et les applications si nombreuses de la représentation en droit privé moderne: il ne s'agit pas seulement d'expliquer la représentation conventionnelle, sur laquelle les auteurs ont concentré leurs efforts; il faut aussi justifier le mécanisme de la représentation légale laissée toujours dans l'ombre, mais dont le domaine s'élargit sans cesse, et alors apparaît la fragilité, l'impuissance radicale du dogme de la volonté génératrice d'effets de droit !

Si l'on admet, avec la doctrine classique de l'autonomie de la volonté, que la limite de l'activité du représentant réside dans « l'opposition expresse du représenté », voici quelques-unes des conséquences auxquelles on aboutit : le tuteur ne peut agir que dans la mesure où il ne heurte pas la volonté du pupille; si ce dernier s'oppose à l'un de ses actes, le rapport de représentation ne naîtra point, même si toutes les conditions requises par la loi ont été remplies. Dans l'administration légale qui lui est confiée, le père engagera le patrimoine de son enfant lorsque celui-ci y consentira, et dans ce cas seulement. Il sera permis à l'aliéné de combattre les actes conclus par la personne chargée de gérer provisoirement ses biens, de même que le sort du contrat passé par le syndic au nom de la masse dépendra de la volonté manifestée par chacun des créanciers. Nous ne cachons pas que ces assertions sont des plus bizarres, et il est aisé de prévoir l'accueil qui serait réservé au juriste assez audacieux ⁽³⁸⁾ pour les soutenir. Il n'en

(38) Que le lecteur ne voie là qu'un mot charitable!

est pas moins vrai que ces formules se trouvent dissimulées sous un principe que des auteurs présentent encore comme un dogme intangible et que, pour échapper à des conséquences aussi étranges, Duguit a nié catégoriquement la notion de représentation. Nous voulons insister sur les résultats de la théorie de l'autonomie de la volonté parce qu'ils ont été trop négligés par les civilistes.

M. Pilon, nous l'avons vu, aperçoit dans la représentation une application de l'article 1134, la loi sanctionnant « l'intention commune du représentant, du représenté et du tiers contractant » : rapprochons les faits de la théorie.

On sait que la représentation des porteurs de parts de fondateurs a été organisée par la loi du 23 janvier 1929; si une majorité, déterminée par la loi, est réunie à l'assemblée générale, des représentants pourront accomplir des actes qui engageront la masse, et les membres de la minorité se trouveront eux-mêmes liés. Prenons l'hypothèse où l'un des porteurs de parts a émis un vote contraire : il est cependant obligé, à l'encontre de sa volonté, c'est certain. Et la loi ne ferait alors que sanctionner l'intention du représentant, du représenté, et du tiers ? L'article 1134 aurait donc un effet magique : il concilierait deux prétentions contradictoires. Il suffit de rappeler le projet de loi relatif aux porteurs de parts d'obligations pour voir que la situation sera la même.

Lors de la représentation de l'absent par le notaire ou par la personne qui administre son patrimoine, il faut toujours dire que la loi sanctionne l'intention du représenté alors que, par hypothèse, il est impossible de connaître cette intention, l'absence étant caractérisée par ce fait que l'on est sans nouvelles d'une personne et que des doutes planent sur son existence.

Le capitaine de navire, en sa qualité de représentant légal, a des « pouvoirs fort étendus, qui sont indispensables à la bonne gestion des intérêts qui lui sont confiés » ⁽³⁹⁾ : les actes accomplis de ce chef engagent l'armateur, qui est obligé même s'il a, au préalable, manifesté une volonté contraire. Et ce serait en vertu de l'article 1134 ?

Que deviennent, dans tous les cas que nous venons de citer, les formules qui font reposer la représentation sur le principe de l'autonomie de la volonté ? Dira-t-on encore, avec M. Pilon, qu'il faut au moins que le représenté en ait manifesté l'intention pour que se produisent les effets de la représentation ? Dira-t-on encore, avec M. Corbesco, que la limite extrême du pouvoir du représentant est « l'opposition expresse » du représenté ? Un système qui heurte ainsi de front toute la représentation légale ne peut pas être conservé.

Il ne s'applique d'ailleurs pas avec plus de bonheur à la représentation conventionnelle ⁽⁴⁰⁾ : en effet, le mandant est tenu, au cas de révocation du mandataire, quand les tiers ont été de bonne foi, c'est-à-dire lorsqu'ils ont ignoré la révocation de la procuration. Par cette révocation, le représenté a manifesté clairement sa volonté de ne plus être tenu : or, ici encore, la loi passe outre, la représentation se réalise. Nous assistons ainsi à une « révolte des faits » contre l'application à la représentation juridique du principe de l'autonomie de la volonté : M. Corbesco, il est vrai, écrit qu'il s'agit, en l'espèce, de « l'application la

(39) Civ., 9 juill. 1929, S., 29, 1. 341.

(40) Et il est impossible de l'adapter à la représentation judiciaire puisqu'alors le représentant tient son pouvoir des tribunaux; ses actes seront opposables au représenté, que celui-ci le veuille ou non.

plus éclairée ». Comme l'auteur a oublié de dire ce qu'il fallait entendre par là, nous avons vainement cherché la lumière : nous n'avons trouvé partout qu'une énigme. .

Pour écarter la théorie que nous étudions, il suffit de constater l'impossibilité de son adaptation à la vie juridique : en effet, « une théorie juridique est un produit de notre esprit par lequel nous cherchons à classer les faits de la vie réelle, pour déterminer à quelle règle générale ils seront soumis » (41). La règle, élaborée par la voie de l'abstraction, doit être calquée sur les phénomènes saisis par notre entendement; elle doit être la traduction fidèle des données de l'observation et elle ne peut jamais, sous le vain prétexte d'offrir une technique plus séduisante, déformer ou contrecarrer ce qu'elle doit reproduire. Puisque la théorie de l'autonomie de la volonté contredit ouvertement les faits constitutifs de la représentation juridique en droit privé moderne, qu'on l'abandonne; d'autres ont déjà marqué son impuissance à expliquer les phénomènes essentiels de la vie juridique contemporaine (42). Une nouvelle preuve résulte, croyons-nous, des développements auxquels nous nous sommes livré.

Quoi qu'on dise et quoi qu'on fasse, ce principe suranné doit être rejeté. Il en coûtera à certains de rompre avec lui, d'autant plus qu'on lui avait donné une adhésion sans réserves; mais ne continueront à s'accrocher désespérément à son ombre que les esprits qui ont vu dans leurs conclusions trop rapides l'expression de la vérité immuable, alors qu'on leur a bien des fois rappelé que rien n'est éternel dans tout ce qui est humain.

(41) Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, t. I, 2^e éd., p. 47.

(42) Gounot, *op. cit.*

Appliquée à la représentation juridique, la théorie de l'autonomie de la volonté n'est pas autre chose qu'une formule morte : elle ne peut pas régir l'action des vivants.

SECTION IV

QUATRIÈME CONCEPTION :

LA REPRÉSENTATION EST UNE MODALITÉ DE L'ACTE JURIDIQUE

C'est la thèse lancée par M. Lévy-Ullmann et développée par certains de ses disciples.

« Le système du droit contemporain, déclare le savant auteur, fait apparaître la représentation comme une modalité de l'acte juridique, c'est-à-dire comme l'un des éléments accidentels dont le *negotium* peut se trouver affecté par la loi positive ou par la volonté des parties. » (43).

Le terme et la condition sont les modalités que l'on cite le plus fréquemment, mais ce ne sont pas les seules : la représentation et l'abstraction peuvent aussi être comprises sous ce titre.

« La représentation est la modalité en vertu de laquelle les effets d'un acte accompli par une personne (dite le représentant) pour le compte d'une autre (dite le représenté) se produisent directement et immédiatement sur la tête du représenté. » (44).

La conception de M. Lévy-Ullmann a été adoptée par M. Osias (45), qui a vu dans la modalité « un élément acci-

(43) Lévy-Ullmann, *La contribution essentielle du droit anglais à la théorie générale de la représentation dans les actes juridiques* (Extrait des *Acta academix universalis jurisprudentix comparativæ*, 1928, p. 342).

(44) Lévy-Ullmann, *eod. loc.*

(45) Osias, *L'acte abstrait en droit comparé*, thèse Paris, 1924.

dentel dont un contrat se trouve affecté par la volonté des parties », et, s'engageant dans la voie qui était ainsi ouverte, M. Popesco-Ramniceano a entrepris de démontrer que la théorie nouvelle s'appliquait merveilleusement à tous les systèmes de Droit, quels qu'ils fussent ⁽⁴⁶⁾. Résumons les développements que ce dernier auteur consacre au mécanisme de la représentation.

Normalement, l'acte juridique ne lie que les parties contractantes : la modalité « représentation » a pour résultat de faire produire des effets autres que ceux qui en découlent d'ordinaire. Les conséquences de l'acte se réalisent sur la tête d'un tiers, le représenté. Comment, dans la pratique, expliquer cette modalité ? Elle est « généralement due à la volonté des parties, mais elle peut l'être aussi à la loi, et elle repose, en ce cas, sur la volonté présumée des parties. On peut donc, par cette idée de modalité, expliquer à la fois la représentation légale et la représentation conventionnelle. » ⁽⁴⁷⁾.

Ce serait l'explication la plus simple, la plus vraie, la seule qui puisse être adoptée sans renverser les principes généraux de notre droit civil.

Et M. Popesco-Ramniceano vérifie le bien-fondé du système qu'il défend : il l'applique pour cela au contrat de vente : « Si un contrat, une vente par exemple, ne produit pas ses effets normaux, si au lieu de lier les parties contractantes (représentant et tiers) entre elles, il lie l'une d'entre elles à un tiers, c'est que les parties l'ont bien voulu. C'est qu'elles se sont mises d'accord pour vouloir que ces effets normaux fussent modifiés, pour que ces ef-

⁽⁴⁶⁾ Popesco-Ramniceano, *De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé*, thèse Paris, 1927.

⁽⁴⁷⁾ Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, p. 218.

fets se produisissent directement entre le tiers et le représenté. » (48). Et nous savons qu'au cas de représentation légale, la modalité, due à la loi, « repose sur la volonté présumée des parties ».

Les juristes doivent, sans hésiter, accepter la solution qui leur est offerte : ils ont tâtonné jusqu'à l'époque actuelle, ils ont senti la faiblesse des systèmes auxquels ils ont eu recours, alors qu'il leur aurait été si facile de trouver, « dans le droit anglais notamment, la clef de ce problème de la représentation, qui a fait couler tant d'encre sur notre vieux continent » (49).

Cette conception, qui est enfin venue vivifier et retirer de l'erreur la science juridique française, « vaut aussi bien pour la France que pour l'Allemagne, aussi bien pour la Suisse que pour l'Angleterre ».

Et l'auteur de terminer par un chant de triomphe, qui montre certes avec quelle fougue et avec quelle ardeur il a poursuivi son long ouvrage, mais qui ne manque pas de laisser rêveur. « Comment douter encore, comment ne pas l'admettre ?... Ce sont là, en effet, ce que l'on pourrait appeler des permanences juridiques, des vérités qui restent des vérités d'un côté et de l'autre des Alpes, des Pyrénées ou de la Manche. » (50). *Et nunc, reges, intelligite...*, aurait, sans doute, ajouté Bossuet.

Quelque pressants et chaleureux que soient les appels du défenseur de cette nouvelle théorie, destinée à être le

(48) Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, p. 219.

(49) Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, p. 687. Et un peu plus loin, p. 688 : « Mais pourquoi ne l'avoir pas vu plus tôt lorsque la vérité se trouvait si près de nous sous l'aspect d'une institution vivante qui avait fait ses preuves de l'autre côté de la Manche ? Peu importe à présent. Le doute n'est plus permis. »

(50) Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, p. 689.

premier pas vers l'unification du droit et la pacification du monde, ce n'est point dans cette voie que nous nous engagerons : il ne suffit pas, en effet, d'émouvoir, il faut aussi convaincre. La perfection sera toujours l'idéal vers lequel nous tendrons, mais, à l'encontre de M. Popesco-Ramniceano, nous ne pensons pas qu'il soit réalisable en ce monde.

« Que valent les théories qui ne se trouvent pas confirmées par les faits de la vie juridique ? », se demande cet auteur ⁽³¹⁾. Nous pensons avec lui qu'elles ne valent pas grand'chose, et c'est pour cette raison que nous rejetons celle qu'il nous propose.

Quels sont les faits que M. Popesco-Ramniceano a voulu confirmer ? Nous les avons vainement cherchés dans la partie de son œuvre consacrée au droit français moderne.

En réalité, nous sommes toujours en face d'un système bâti *in abstracto*, sans le souci préalable des textes et des diverses situations juridiques, que la théorie de la représentation doit cependant expliquer et régir. De sorte qu'on pourrait, sur un autre terrain, reprendre les cinquantes critiques adressées aux philosophes du XVIII^e siècle, qui faisaient abstraction de la réalité sociale pour considérer l'homme en lui-même et en déduire des règles de droit en vertu des seuls principes de la logique.

D'autre part, avant d'accepter d'enthousiasme une institution étrangère, il est indispensable de poser sur elle le droit positif français. Loin de nous la pensée de vouloir méconnaître l'utilité des études de droit comparé comme instrument d'éducation juridique ou de critique des règles de droit : la connaissance des législations étran-

(31) Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, p. 688.

gères permet de mieux saisir les principes, les caractères et la technique du droit national. Le juriste constate ainsi que *son* Droit n'est pas *le* Droit, et cette comparaison peut être chez lui le point de départ d'idées riches et fécondes; mais pour que ses efforts soient fructueux, il ne doit jamais perdre de vue les dispositions législatives propres à son pays et les faits qui traduisent ces normes : « Le droit étranger sert d'écran où le droit national se projette » ⁽³²⁾. Que l'on n'aille pas plus loin, que l'on ne fasse pas absorber l'un par l'autre ⁽³³⁾, que l'on n'essaye pas à tout prix d'introduire dans la science juridique une formule étrangère acceptée de confiance sans se demander auparavant si elle n'est point battue en brèche par les données du droit national. En cherchant *ce qui doit être*, il ne faut pas oublier ou rejeter *ce qui est*. Aussi écartons-nous l'affirmation de M. Popesco-Ramniceano, qui a découvert « la vérité » si près de nous, dans le droit anglais; nous n'admettrons cette thèse que si elle n'est point contredite par la technique de notre droit, par les textes en vigueur et les décisions les plus sûres de notre jurisprudence.

Nous nous proposons de démontrer que la théorie nouvelle, inexacte dans son point de départ, n'a pas plus de valeur si l'on examine son contenu même : sa fragilité

(32) Vizios, *Cours de doctorat*, 1928-1929.

(33) Telle a été, cependant, de nos jours, l'une des tendances des études civilistes (V. Bonnecase, *Supplément à Baudry*, t. I, p. 618 et s.). Les juristes auraient-ils cédé à l'ambiance générale, à un courant dont les effets auraient été aussi vifs dans la littérature française? Sans aucun doute, si nous écoutons M. Lanson : « A la dissolution du naturalisme et à l'absence d'une doctrine dirigeante se lie cet autre fait que l'on est allé chercher au dehors des formules et des modèles d'art. Depuis 1880, la littérature française a reçu de l'étranger probablement plus qu'elle ne lui a donné. » (Lanson, *Histoire de la littérature française*, 20^e éd., p. 1106.)

aurait été par trop apparente si l'on avait continué de voir dans la modalité « la désignation d'un événement futur spécifié par les parties et de la réalisation duquel dépendent les effets de l'acte » ⁽⁸⁴⁾. Aussi ses défenseurs, nous l'avons vu, ont-ils pris soin de donner du concept « modalité » une définition des plus souples : « un des éléments accidentels dont le *negotium* peut se trouver affecté par la loi positive ou par la volonté des parties. » Peut-on appuyer sur cette assertion toute la théorie moderne de la représentation juridique ? Nous ne le pensons pas.

Nous ne croyons pas qu'il soit possible de réduire le phénomène de la représentation à un élément accidentel de l'acte juridique; en droit privé moderne, la représentation est, au contraire, quand elle intervient, une partie constitutive de l'acte juridique, elle participe à l'acte même, elle constitue « l'être » de cet acte et non point sa « manière d'être ». L'assimiler aux autres modalités du Code civil, telles que le terme et la condition est un non-sens, car ce n'est que lorsque les éléments *essentiels* d'un acte sont réunis qu'on peut songer à l'affecter d'une modalité, à condition toutefois que sa nature permette l'insertion de cette modalité.

Avant de résoudre un problème, il faut le poser; celui qui nous occupe consiste à expliquer le mécanisme de l'acte juridique suivant : le représentant traite avec une personne et c'est une troisième personne qui sera obligée au lieu et place du représentant. Tout cela, c'est l'acte juridique de la représentation : il renferme tous ces éléments, sinon il *n'existe pas*, il est inutile d'en parler et de chercher à l'expliquer. Le phénomène « représentation » appa-

(84) Planiol et Ripert, *Traité*, t. I, 11^e éd., n° 307.

rait donc comme un élément essentiel, sans lequel l'acte juridique envisagé serait inconcevable; n'y voir qu'un attribut accidentel revient à dire que la représentation peut exister sans les éléments qui la constituent.

Au surplus, que l'on ne croie pas avoir donné une réponse au problème envisagé en recourant à l'idée de modalité : ce serait se borner à décrire ce qui est et laisser de côté le véritable aspect de la question : savoir pourquoi il en est ainsi. M. Popesco-Ramniceano s'imagine être parvenu à l'explication dernière quand il déclare, à propos de la représentation conventionnelle, appliquée au contrat de vente : « Il y a là une modification des conséquences habituelles du contrat, une modalité due à la volonté des parties... C'est admettre une modification des effets normaux de l'acte, admettre que ceux-ci se produisent directement sur la tête d'une tierce personne, le représenté. »⁽³⁵⁾. Nous demandons à l'auteur *pourquoi* les effets normaux du contrat ne se produisent pas? Parce que telle est la volonté des parties, traduite dans la modalité représentation ? Mais les parties contractantes sont, en l'espèce, celles qui sont désignées sous le nom de représentant et de tiers : que devient alors la personne du représenté ? M. Popesco-Ramniceano l'a totalement oublié; il suffirait donc, pour que le représenté soit lié, qu'un sujet de droit, déclarant agir au nom d'autrui, s'entende avec un tiers ? Nous savons bien qu'au nombre des conditions requises pour que se produise la représentation, M. Popesco-Ramniceano a mis le « pouvoir de représenter »; mais il n'y fait pas la moindre allusion quand il en étudie la nature juridique, et nous ne croyons pas déformer sa pensée, puisque.

(35) Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, p. 219.

d'après lui, si la vente par représentant lie l'une des parties au représenté, « c'est que les parties l'ont bien voulu ». Et c'est tout. Cette idée seule est développée : le lecteur aperçoit de lui-même qu'elle n'englobe pas tout le phénomène de la représentation. Ajoutons que même si le rapport de droit était considéré dans toute son ampleur, l'auteur devrait dire s'il fait appel, pour en justifier les effets, au principe de l'autonomie de la volonté ou à une technique juridique nouvelle.

Incomplète pour le moins quand il s'agit de la représentation conventionnelle, l'explication par l'idée de « modalité » nous paraît incompréhensible en face de la représentation légale : la modalité, due à la loi, reposerait alors, nous le savons, « sur la volonté présumée des parties » ⁽⁵⁶⁾. Il est regrettable que M. Popesco-Ramniceano n'ait pas cru bon d'éclairer cette formule et d'en exposer l'heureuse application dans la pratique; des développements n'auraient pas été inutiles, car l'énoncé de l'assertion n'est pas de nature à désarmer l'esprit critique. Il est cependant permis d'en déduire qu'au cas de représentation légale, la modalité apparaît en vertu du pouvoir inhérent à la loi, laquelle, en ces multiples hypothèses, fait apparaître à la vie juridique des manifestations de volontés tacites; la loi « présume » que les parties à l'acte de représentation (représentant et tiers) ont tacitement voulu la modalité ou qu'elles auraient dû la vouloir. C'est, croyons-nous, le sens que l'on doit donner à la formule employée par M. Popesco-Ramniceano. Rapprochons-la des faits : quand le tuteur agit au nom du mineur, peut-on dire que la loi crée une modalité et sanctionne ainsi « la volonté présumée » du représentant et du tiers ? Nullement : la

(56) Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, p. 218.

volonté de ces derniers ne doit pas être présumée, pour la bonne raison qu'elle existe et qu'elle se manifeste dans des faits extérieurs. Dans la conclusion de l'acte, le représentant affirme une volonté qui lui est propre et qu'il révèle au tiers; celui-ci, de son côté, donne ou refuse son consentement au rapport de représentation. On ne voit pas, dès lors, ce que la loi peut bien « présumer » dans les cas de représentation légale, qui se ramènent à l'exemple que nous avons pris. En réalité, la loi, nous le verrons, intervient pour donner au représentant le pouvoir d'engager, sous certaines conditions, le patrimoine du représenté, pour attribuer une force obligatoire au phénomène de la représentation. Dans chaque hypothèse, le concours de volontés du tiers et du représentant s'offre à la loi; quand celle-ci intervient, la modalité existe déjà, due à la volonté des parties (représentant et tiers), comme dans la représentation conventionnelle. La loi — et c'est son rôle unique — donnera ou refusera la force obligatoire à la modalité forgée par les volontés du représentant et du tiers.

Inexact dans son point de départ comme dans son contenu, le système que nous examinons n'a même pas l'avantage d'être commode : en effet, il peut arriver que la représentation apparaisse alors qu'un acte juridique est déjà affecté d'une modalité. S'agit-il du remploi d'un bien propre de la femme sous le régime de communauté? la Cour de cassation voit dans le mari un mandataire de sa femme, sous la condition de l'acceptation de cette dernière. L'acceptation se réalisant, elle a un effet rétroactif. Ainsi il y aurait une modalité : la représentation, laquelle serait elle-même soumise à l'accomplissement d'une autre modalité : la condition de l'acceptation.

Prenons l'hypothèse d'un mandat donné à une personne

sous condition : le mandataire doit conclure un contrat au nom du mandant si tel événement se produit. Si l'on adopte la théorie de M. Lévy-Ullmann et de ses disciples, il faut dire que la modalité-représentation se greffe sur la modalité-condition, qui affecte elle-même le mandat; en d'autres termes, la représentation est alors « la modalité d'une modalité » de l'acte juridique. Voilà une formule qui ne se recommande pas par sa simplicité.

Les points que nous venons de développer nous interdisent donc de souscrire à la thèse émise par M. Lévy-Ullmann. Le droit positif français, comme les données les plus fermes de la jurisprudence, s'insurge contre l'introduction dans notre technique juridique d'une idée empruntée à un droit étranger. Cela ne signifie pas que les travaux de M. Lévy-Ullmann seront restés stériles; le savant professeur a eu le grand mérite, à nos yeux, d'orienter les études relatives à la représentation vers la notion d'acte juridique, que l'on avait par trop délaissée jusqu'à ces dernières années. Les faits eux-mêmes indiquent et l'ensemble de notre étude critique confirme que le problème de la représentation pose en première analyse l'étude du mécanisme interne de l'acte juridique : c'est là la pierre d'achoppement à laquelle on s'est inévitablement heurté, c'est contre elle que se sont brisés tour à tour, nous l'avons vu, les efforts répétés des juristes ⁽³⁷⁾. Cet insuccès, à notre humble avis, est dû à ce que l'on ne s'est pas encore mis hardiment en face des difficultés ⁽³⁸⁾ qui se présentaient en

(37) Et c'est cette question essentielle qui a dicté à Duguit l'arrêt de mort qu'il a porté contre la représentation juridique : le maintien de cette notion ne serait-il pas dû à une analyse inexacte du rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique ?

(38) M. Demogue, qui est l'un des rares auteurs à s'appesantir sur la représentation juridique (*Traité des obligations en général*, t. I, p. 173 à

cette matière; nous essayerons de nous y mettre au début du chapitre suivant, sans ajouter, par voie syllogistique, que le succès doit couronner nos efforts.

Ainsi donc, aux termes de l'examen critique des diverses solutions mises en avant pour expliquer la nature juridique de la représentation, il est fatal de conclure au rejet de tous les systèmes proposés : les uns oublient que c'est une des notions les plus vivantes de notre droit ou n'expliquent rien; les autres ne peuvent s'appliquer à tous les cas concrets ou méconnaissent la façon exacte dont se pose la question en droit privé moderne; tous présentent cette lacune grave d'omettre, pour rechercher la nature de la représentation, l'étude préalable des faits, qui seule peut nous montrer ce qu'est réellement cette notion.

Dans le domaine que nous parcourons, il est manifeste que les doctrines d'hier sont dépassées par les faits et que, pour maîtriser les faits, force nous est d'abandonner ces formules mortes pour poser une théorie qui puisse être la doctrine de demain.

253), conclut que cette notion mérite d'être étudiée avec plus d'ampleur qu'elle ne l'a été à l'étranger par Mitteis et Tartufari, mais « *sans prétendre poser des principes* » (Demogue, *op. cit.*, n° 150, p. 242). A la formule décourageante du savant professeur, nous ne pouvons qu'opposer notre essai constructif en laissant juge le lecteur.

CHAPITRE II

SOLUTION PROPOSEE SUR LA NATURE JURIDIQUE DE LA REPRESENTATION

SECTION PREMIERE

ADOPTION D'UNE THÉORIE NOUVELLE DE L'ACTE JURIDIQUE

Puisque la doctrine classique de l'autonomie de la volonté est inconciliable, qu'on le veuille ou non, avec les faits les plus certains qui sont la traduction concrète de la représentation juridique, il est au moins permis de se demander si cette noble et vieille formule est bien, comme certains le défendent, l'expression de la vérité immuable : est-il encore possible qu'elle soit l'assise fondamentale de notre droit privé français ? L'édifice juridique laborieusement construit n'offrirait-il qu'un amas de ruines si elle n'était plus le support de la technique ?

Nous savons que le simple énoncé de la question ainsi posée causera encore une vive surprise à certains civilistes : nous restons ferme dans notre attitude parce que contrainct par la nécessité.

Le lecteur s'est facilement rendu compte du domaine immense propre à la représentation en parcourant avec nous des cas d'application qui ne sont pas limitatifs ; certaines décisions jurisprudentielles doivent peut-être faire l'objet d'une critique sérieuse aboutissant même au rejet absolu

de la solution adoptée, mais l'étendue de l'idée de représentation n'en subsistera pas moins considérable.

D'autre part, en procédant à la critique négative des théories proposées, nous avons constaté que le mécanisme interne de l'acte juridique ne pouvait fonctionner quant aux faits constitutifs de la représentation, si ledit mécanisme obéissait au principe de l'autonomie de la volonté. Aussi revendiquons-nous le droit de ne pas succomber au mirage d'une formule, de ne pas nous incliner devant le prestige d'un mot. Puisque la doctrine traditionnelle de l'autonomie de la volonté se trouve dans l'impossibilité complète d'expliquer la représentation, dont le domaine est si vaste dans le droit privé, nous mettons en doute le bien-fondé de la doctrine et nous nous proposons de rechercher, après l'observation attentive des faits, les principes qui commandent le fonctionnement de l'acte juridique en général :

§ 1. — Rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique : la mise en mouvement de la règle de droit.

L'étude de l'acte juridique en général n'a été faite que récemment ⁽¹⁾; jusqu'à ces dernières années, on s'en tenait exclusivement au dogme contractuel, où l'on rivalisait d'ardeur pour célébrer l'omnipotence de la volonté.

On oubliait toutefois — et l'oubli était grave de conséquences — de se demander si tous les termes que l'on je-

(1) Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^e éd., 1929, p. 276 et s.; Bonnecase, *Supplément à Baudry*, t. II, *L'acte juridique et le fait juridique*, p. 281 et s.; Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 1, p. 25 et s.

tait à profusion étaient bien ce qu'ils devaient être : le reflet de la réalité. Il eût été bon en particulier, pour ne pas dire indispensable, d'interroger sur ce point la psychologie et de parcourir les pages fécondes qu'elle consacre à l'étude de la volonté; nous ne voyons pas pourquoi le juriste devrait négliger les lumières d'une science voisine.

Le véritable rôle de la volonté doit être dégagé de l'observation impartiale des faits, et non en vertu des règles de la logique pure, comme conséquence inévitable d'une formule *a priori*; si l'on s'en tient aux sûres révélations de l'expérience, peut-on affirmer que l'effet de droit consécutif à l'acte juridique est créé par la volonté qui s'est manifestée ? A-t-on la possibilité de soutenir que la situation apparaissant après un contrat ou, d'une manière générale, après un concours de volontés, est le produit exclusif et immédiat desdites volontés ?

Des auteurs ont entrepris avant nous l'analyse de l'acte volontaire pour en utiliser les résultats dans le domaine du Droit ⁽²⁾ : notre ambition serait de compléter ou de renforcer leurs études en essayant de mettre en lumière un point que nous croyons encore insuffisamment dégagé. Nous voudrions faire porter nos efforts sur le rôle de la volonté dans l'exécution, constatation qui indiquera au juriste la solution qui s'impose pour lui-même, car la formule s'applique dans le domaine du droit comme dans celui de la philosophie.

Si absolu que soit le respect de la volonté, il a des limites que commandent les limites de la volonté : il doit s'arrêter là où s'arrête la volonté elle-même. Cette constata-

(2) Duguit, *Traité*, t. I, 3^e éd., p. 316 et s.; Célice, *L'erreur dans les contrats*, thèse Paris, 1922, p. 19 à 29.

tion, si simple au premier abord qu'elle paraît puérile, aurait peut-être permis d'éviter de nombreux écueils si les auteurs avaient daigné s'en inspirer davantage. Au lieu de se laisser fasciner par les mots sonores de volonté autonome, il importerait de pénétrer la réalité que ces vocables recouvrent. Et la vérité paraîtrait tout autre; ce n'est pas aux conclusions de la doctrine classique que précisément on aboutirait.

C'est dans le rôle de la volonté lors de l'exécution de l'acte que le sens commun aime à voir les manifestations-types de cette faculté, qui est pour lui le pouvoir de faire ce que l'on veut ⁽³⁾; si mon bras effectue tel mouvement déterminé, c'est bien parce que ma volonté a agi directement sur lui; si, étant assis mollement sur un fauteuil, je prends la décision de me lever, l'attitude prise par mon corps est bien due à l'énergie d'un acte volontaire. Ces phénomènes nouveaux auxquels nous assistons sont créés par la faculté maîtresse de l'homme : la volonté. Et celle-ci se manifesterait d'une manière identique aux yeux du juriste. Il est un terrain sur lequel aucune hésitation n'est permise : c'est le terrain contractuel. Je m'engage à livrer des marchandises à une personne dans des conditions claires et précises, tandis que l'autre partie contractante promet, en retour, de verser une somme déterminée : il est manifeste, dira-t-on, que les deux sujets de droit en présence ne sont obligés que parce qu'ils l'ont voulu et dans la seule mesure où leur volonté a accepté le lien d'obligation; leur activité n'est réglementée que parce qu'ils y ont librement consenti, la situation nouvelle dans laquelle

(3) Nous nous inspirons des développements de M. Baudin (*Cours de psychologie*, 6^e éd., 1929, p. 374 et 375).

ils se trouvent est engendrée par la force propre aux volontés concourantes. Essayons de démontrer que s'en tenir à de semblables assertions serait accepter une observation toute superficielle.

Dans le domaine philosophique d'abord : *la volonté n'a de pouvoir immédiat que sur les idées qu'elle gouverne*; elle n'en a point sur le mécanisme psychologique et physiologique de leur exécution. Reprenons les exemples cités plus haut. Que nous révèle l'observation directe dans le geste qui a pour but de lever le bras ? 1° la prise en considération par la volonté de l'idée suivante : je veux lever le bras, idée qui est retenue dans le champ de l'activité psychologique et sur laquelle nous avons nettement conscience de l'action de la volonté;... 3° le bras est levé; que l'on ne dise pas que c'est à la force inhérente à la volonté qu'est due la production de ce dernier phénomène; ce serait se jouer ou faire bon marché d'un problème qui n'est pas résolu en l'état actuel de nos connaissances.

En effet, entre 1 et 3, il y a 2 : la réalisation de l'idée de lever le bras, c'est-à-dire la mise en mouvement par l'idée des réflexes tant psychiques que physiologiques qui entraînent l'accomplissement du geste. Et tout cela c'est l'inconnu de l'union de l'âme et du corps ! La volonté ne gouverne directement que les idées; elle les maintient ou elle les écarte du champ de conscience, elle leur donne des ordres qu'elles exécutent. Et c'est elles seules que la volonté maîtrise directement; ce n'est que par elles que la volonté exerce un pouvoir indirect sur le corps. Son action créatrice propre s'achève dans la conscience, elle ne peut pas, de par sa nature, saisir ou engendrer les faits extérieurs.

Mais, dira-t-on, lorsque l'exécution de l'acte se révèle

difficile, nous percevons l'influence directe de la volonté dans la réalisation; impossible de nier ici l'intervention efficace de cette faculté ! Nous répondons que même alors l'intervention ne porte pas directement sur le mécanisme de l'exécution, mais sur l'idée qui ne parvient pas à déclencher ses réflexes psychiques et physiologiques, lesquels sont contredits par l'automatisme d'impulsions contraires. La volonté n'appréhendera et ne régira directement que l'idée chargée de la réalisation du vouloir; son effort immédiat s'appliquera à la fixer dans le champ de la conscience, où elle la défendra contre les idées antagonistes. Ainsi — c'est une simple constatation — la volonté, toute-puissante dans le domaine de notre conscience, ne peut plus exercer de maîtrise directe quand elle s'engage dans le monde extérieur.

Il faudra bien, tôt ou tard, que les juristes reconnaissent le bien-fondé de cette assertion et ne s'obstinent pas à déformer la réalité des choses pour soutenir le prestige d'une formule inexacte. A l'encontre de la doctrine classique, nous posons l'impuissance de la volonté à jouer un rôle créateur dans le domaine du Droit : celui-ci n'est qu'une partie infime du champ si vaste et si complexe des faits extérieurs. Or, l'expérience vient de nous montrer que la volonté n'a pas de pouvoir direct sur ces phénomènes. Pour rester fidèle à la réalité, nous sommes obligé d'abandonner la thèse de l'autonomie de la volonté.

Quel est donc le rôle qui doit être reconnu à la volonté par la technique juridique? *La volonté est simplement la condition d'application des règles de droit, elle ne les crée point.* Pour que naisse une situation juridique concrète, pour que disparaisse ou soit modifié un rapport de droit existant entre deux personnes, l'intervention d'un

événement particulier est nécessaire; cet événement entraînera l'application d'une règle de droit existante — donc *qu'il ne crée point* — et, pour mettre en relief sa fonction et son caractère, nous lui donnerions volontiers le nom, qui fait image, d'« événement-déclit ».

Il peut être un fait non volontaire, tel que la naissance, la filiation, la mort; dès qu'il se produit, un ensemble de normes s'appliqueront à un ou plusieurs sujets de droit déterminés.

La situation concrète occupée par l'individu dans la sphère juridique peut aussi découler d'une manifestation libre de la volonté. Nul doute que l'extériorisation de cette volonté soit des plus nuancées. La vie n'est point faite d'absolu et se moque des formules trop rigides. La volonté déclenchera alors la règle de droit au moyen de l'acte juridique. Cette réalisation extérieure du phénomène psychologique mettra parfois en mouvement un faisceau de règles : tel le concours de volontés qui fait jaillir les dispositions relatives à l'adoption. On ne peut pas dire que les volontés ont créé ces effets, puisqu'ils étaient établis d'avance et qu'ils ne se sont produits que dans les limites fixées par la loi. L'exemple cité révèle qu'il y a eu « déclenchement », et non « création » des effets de droit.

Dans le domaine purement contractuel, le rôle de la volonté est encore limité à la mise en jeu des règles juridiques : cette faculté ne peut pas, de ses seules forces, créer la situation nouvelle propre au sujet de droit parce qu'il s'agit là d'un fait extérieur qui lui échappe ⁽⁴⁾. Elle peut

(4) Comment expliquer avec la doctrine de l'autonomie de la volonté toutes les applications jurisprudentielles de la notion de cause?

seulement, ainsi que l'expérience nous l'a montré, exercer une maîtrise « indirecte » sur le phénomène juridique dont elle poursuit la réalisation; elle usera de ce pouvoir indirect grâce à la loi. C'est la loi, et la loi seule, qui créera l'effet de droit consécutif à la conclusion du contrat : si la volonté agit dans les conditions qui lui ont été tracées à l'avance, si le contrat renferme tous ses éléments selon les règles prescrites, la loi donnera à l'acte force obligatoire. Si, au contraire, la volonté dépasse les limites qui lui ont été assignées, la situation juridique des individus restera inchangée. Ainsi, pour exercer son action dans le domaine juridique, la volonté qui se traduit dans un contrat reste toujours soumise à la loi; il ne lui suffit pas d'exprimer un vouloir conforme à celui d'un autre sujet de droit pour que l'objet de ce vouloir soit réalisé juridiquement. Ici encore, la volonté n'exerce qu'un pouvoir *indirect* sur l'effet de droit, elle ne le crée point.

Nous heurtons de la sorte une opinion couramment répandue, opinion qui prétend trouver un point d'appui solide dans l'article 1134 Code civ., aux termes duquel « les conventions, légalement formées, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites ». La doctrine a été hypnotisée par ce texte, qui, juridiquement, donnerait à la volonté une force créatrice équivalente à celle de la loi. Nous avouons ne pas comprendre. De deux choses l'une : ou bien l'on est en présence de forces égales, ou bien l'une est supérieure à l'autre. Si la volonté et la loi avaient un pouvoir créateur équivalent, on ne voit pas pourquoi le législateur aurait exigé que les conventions fussent « légalement » formées. En formulant cette condition préalable, il a clairement indiqué la soumission de la volonté à la loi, même sur le terrain contractuel. D'autant plus que

l'article 1133, tout aussi riche en conséquences et aussi fertile en déductions, prend soin de préciser : « Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature. » Les textes mêmes du Code civil impliquent l'adoption du système que nous défendons : l'action de la volonté dans le cadre qui lui est fixé par la loi, et qui se résume dans la mise en jeu de la règle de droit.

Les articles 1134 et 1135 ne sont donc pas un obstacle à l'admission de la théorie nouvelle : ils montrent comment on est obligé contractuellement. Nous nous bornons ainsi à décrire le rôle que la technique juridique doit attribuer à la volonté. Nous savons que ces développements n'apaiseront pas l'esprit critique du juriste, qui se demandera aussitôt : Pourquoi la loi peut-elle donner cette force particulière aux volitions qui se sont légalement manifestées ? Pourquoi leur permettre de s'imposer à d'autres sujets de droit ? Pourquoi même la loi intervient-elle suivant le processus déjà indiqué ? C'est laisser de côté la technique pour entrer dans le domaine de la science ; c'est abandonner le « construit » et s'engager dans le « donné ». C'est la philosophie du Droit — ou, si ce mot effraye — c'est la sociologie qui répondra, en admettant d'ailleurs que le problème n'est pas insoluble. Mais le droit positif, qu'il s'agit d'abord d'expliquer et de systématiser, ne peut pas en faire « la question préalable », car, à ses yeux, ces questions sont déjà résolues, il considère leurs solutions comme des vérités acquises ⁽³⁾. Il importe donc de distinguer, comme l'ont marqué les savantes études de

(3) Bonnecase, *Supplément à Baudry*, t. II, p. 368.

M. Gény et de M. Bonnecase ⁽⁶⁾, la technique et la science.

Les mêmes raisons nous interdisent, *a fortiori*, d'adopter la doctrine qui voit dans la volonté unilatérale une des sources de l'obligation au même titre que le contrat et la loi. « En dehors des contrats, source la plus usuelle et de beaucoup la plus importante, écrivent MM. Colin et Capitant, nous remarquerons d'abord que la volonté unilatérale fait parfois naître des obligations. Il en est ainsi notamment dans le cas de gestion d'affaires » ⁽⁷⁾. On doit se rapporter alors, « *mutatis mutandis*, aux règles générales qui gouvernent les contrats » ⁽⁸⁾, par conséquent à la théorie de l'autonomie de la volonté. Nous ne voyons pas comment... Les volontés humaines sont égales; par sa seule force, l'une d'entre elles ne peut faire courber l'autre et lui imposer l'objet de son vouloir. On conçoit que l'une s'incline quand elle y consent; il est incompréhensible, en faisant appel à la seule notion de volonté, que l'une de ces forces qui, par hypothèse est égale à l'autre,

(6) Gény, *Science et technique en droit privé positif*, Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique, 4 vol., 1914-1924, et particulièrement t. I, p. 96 et s.; Bonnecase, *Introduction à l'étude du droit*, 2^e éd., p. 261 et s.

(7) Colin et Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. II, p. 253.

(8) Colin et Capitant, *op. cit.*, p. 256. Nous ne comprenons pas, dès lors, comment MM. Colin et Capitant peuvent déclarer à propos de la gestion d'affaires : « Raisonnant en effet par analogie de ce qui se passe en matière de contrats, ils disent que les obligations attachées à la gestion d'affaires ont leur source dans la volonté du gérant. Cette manière de voir, à laquelle les auteurs ont été conduits par l'expression de quasi-contrat, est erronée. En matière de gestion d'affaires, ce n'est pas la volonté du gérant qui est la cause génératrice des conséquences juridiques attachées à l'acte... En réalité, c'est la loi qui, pour des raisons d'équité ci-dessus indiquées, fait produire certains effets juridiques à l'acte de gestion. » (*Cours de droit civil*, t. II, p. 729). Alors, est-ce la volonté unilatérale, est-ce la loi qui crée l'effet juridique attaché à l'acte de gestion?

anéantisse parfois cette dernière. La volonté du gérant d'affaires oblige le géré à son encontre : comment expliquer ce phénomène juridiquement? Une force étrangère, la loi, doit intervenir ou la question restera sans réponse. Ne point l'admettre serait fermer les yeux à l'évidence. Partout et toujours, la volonté est impuissante à créer par elle-même l'effet de droit : *elle n'a sur lui qu'un pouvoir indirect qu'elle exerce au moyen de la loi.*

Puisque la thèse que nous exposons découle de l'observation impartiale des faits de la vie juridique, nous avons le droit d'être surpris des virulentes attaques dont elle vient d'être l'objet. « Poussée jusqu'à ses conséquences extrêmes, affirment MM. Planiol, Ripert et Esmein ⁽⁹⁾, la doctrine qui nie l'autonomie de la volonté aboutit à une réglementation tyrannique et à une destruction de la prospérité née du commerce libre. Elle ne peut se concilier avec le mode actuel de circulation et de distribution des richesses et ne pourrait être appliquée que dans un ordre social différent dont la valeur morale et économique n'est pas démontrée. »

Nous ne pouvons accepter une condamnation aussi ferme.

En effet, la théorie qui rejette l'autonomie de la volonté n'est pas de celles dont l'application est encore à faire : elle est traduite à chaque instant dans les décisions jurisprudentielles, car elle est celle qui a été consacrée par le Code civil et par les lois postérieures. Quand nous avons tenté sa justification pratique, nous n'avons pas manqué de faire appel à des dispositions du droit positif; les cas que nous avons pris n'ont été que des exemples en raison de l'objet même de notre thèse, mais ils sont la preuve évidente que la doctrine défendue par nous s'applique

(9) Planiol, Ripert et Esmein, *Traité*, t. VI, 1930, n° 16, p. 23.

parfaitement à l'ordre social qui nous régit. Nous aurons, du reste, l'occasion de le prouver surabondamment quand nous l'adapterons à la matière de la représentation juridique.

Au surplus, nier l'autonomie de la volonté, ce n'est pas engendrer « une réglementation tyrannique », ce n'est pas enlever toute force à la volonté dans la vie juridique pour la soumettre au pouvoir arbitraire de la loi; admettre son impuissance à créer par ses seules forces un effet de droit quelconque et limiter son action à déclencher la norme qui s'imposera dans tel cas particulier, ce n'est point signifier un arrêt de mort contre elle. Sur le terrain contractuel, la volonté, tout en se limitant, comme nous l'avons vu, à la mise en jeu des règles de droit positif, sans engendrer l'effet consécutif à l'acte, détermine la mesure dans laquelle le sujet de droit aura sa liberté d'action restreinte, sa situation modifiée, son patrimoine tenu envers autrui; le juge pourra même, de par le Code civil, rechercher quelle a été la volonté interne des parties. Il est entendu que dans tous les cas l'acte de volonté n'obtiendra cette autorité dans le domaine juridique qu'en vertu d'une concession de la loi.

Mais ne s'agit-il pas alors d'une simple querelle de mots ? La volonté ne créerait pas la situation concrète apparaissant à la suite de l'acte, mais les éléments de cette situation ne seraient que ceux qu'elle aurait voulus; ce n'était vraiment pas la peine de rejeter le principe de l'autonomie de la volonté, qui a déjà fait ses preuves, pour lui substituer une formule nouvelle, où il n'y a d'ailleurs de nouveau que la formule, le contenu restant identique ! « Vous tombez ainsi vous-même, ajoutera-t-on, dans une des contradictions que vous avez cherchées avec un malin plaisir chez les auteurs classiques ! »

S'il s'agissait seulement d'une querelle de mots, nous ne nous serions pas élevé contre la thèse classique de la volonté génératrice par elle-même d'effets de droit ⁽¹⁰⁾; nous avons, en effet, marqué dès notre introduction la nécessité de désigner les mêmes choses par les mêmes mots, et par des mots différents les choses différentes.

Or, en posant, d'une part, l'impuissance de la volonté à jouer un rôle créateur dans un domaine qui n'est pas le sien et en établissant, d'autre part, son pouvoir de préciser le contenu de l'obligation contractuelle, on ne jongle pas avec des paradoxes, on ne joue pas avec des mots ou avec d'artificielles subtilités, mais on constate la matérialité des faits. Il importe de dégager le véritable rôle de la volonté au point de vue de la technique juridique : la réalité condamne la doctrine classique. Nous demandons au nom de quel principe il est permis d'altérer les faits que l'on se propose de systématiser. Et il n'y aurait là pour le juriste qu'une nuance dénuée de valeur ?

Dans le contrat, la volonté fixe la portée de l'obligation : mais d'une manière indirecte, par l'intermédiaire de la loi, qui confère une efficacité juridique à l'acte de volition. C'est l'application de la remarque déjà faite et trop négligée : si le droit ne naît pas alors *ex voluntate* ⁽¹¹⁾, comme le défend la théorie de l'autonomie, il procède du moins « *cum voluntate* ».

Et, loin de réduire l'importance morale et sociale de la fonction remplie par la volonté dans le processus par le-

(10) Nos développements ont pour but de consacrer une distinction proposée par M. le professeur Bonnetas (*Supplément à Baudry*, t. II); le savant auteur étudie quant à la volonté : 1° quand et à quelles conditions existera la volonté nécessaire pour que naisse un acte juridique (p. 443 à 476); 2° quelle portée reconnaître à la volonté une fois exprimée (p. 476 et s.).

(11) Ces expressions sont empruntées à Gounot, *op. cit.*

quel le droit se réalise, nous voyons en elle la sauvegarde la plus sûre de l'indépendance des individus et la conciliation la plus heureuse avec les aspirations du milieu social. La doctrine de l'autonomie de la volonté ne s'appuie que sur l'inanité du dogme désuet qu'est le contrat social; elle est en contradiction ouverte avec une époque qui prône la coopération de tous les membres de la société. La thèse qui voit dans la volonté l'un des éléments entraînant l'application de la règle de droit peut invoquer en sa faveur une théorie plus solide, à nos yeux tout au moins : les manifestations de la volonté dans la vie juridique révèlent les aspirations du milieu social, que le Droit a pour mission de régir. Mais ces tendances peuvent être faussées, un principe régulateur doit intervenir. Le Droit, sous la forme des dispositions positives ou de l'équité et prenant pour guide la notion de justice, aura pour tâche d'équilibrer les intérêts en présence et d'établir l'harmonie entre les diverses formes de l'activité humaine; si la volonté individuelle ou les multiples concours de volontés lui apparaissent susceptibles de concourir au bien commun comme au développement de la personnalité du sujet de droit, il attribuera une force obligatoire à l'objet poursuivi par les volontés; il la leur refusera quand il n'en sera pas ainsi.

Il est donc permis de conclure que la conception défendue par nous cadre avec les dispositions de notre droit positif, qui a consacré la réalité des choses; d'autre part, il est possible de donner à la thèse ainsi présentée un point d'appui philosophique dans lequel nous voyons sa justification scientifique. Pourquoi dès lors la rejeter ? (12).

(12) Nous ne comprenons pas pourquoi cette théorie est attaquée si violemment par certains civilistes, alors qu'elle a été aperçue par les rédacteurs et les commentateurs du Code civil (Bonnecase, *Supplément à Baudry*, t. II, p. 343 et s.).

Nous la défendrons avec d'autant plus de force que seule elle permet, nous voulons maintenant le démontrer, de résoudre dans toute son étendue le problème de la représentation en droit privé moderne.

§ 2. — Application de la théorie proposée quant à l'acte juridique à la représentation.

Si les civilistes hésitent à adopter la théorie nouvelle de l'acte juridique, c'est peut-être en raison des conséquences qui en découleraient fatalement. L'un des plus illustres représentants de la science du Droit public, Duguit, n'a-t-il pas, en acceptant cette idée, élaboré une technique qui est sur beaucoup de points en dehors de notre droit positif et qui tend au rejet des notions traditionnelles ?

« Libre à vous, dira-t-on, d'essayer d'introduire dans notre droit civil un système qui n'a pu encore y pénétrer; nous suivrons par pure curiosité des efforts que nous savons devoir rester stériles. Vous aurez cependant bien mérité de la science du Droit si l'essai que vous tentez consacre la ruine définitive d'une théorie si sensible à l'art de la démolition ! Et alors, nous vous pardonnerons volontiers la contradiction, plaisante si elle n'était grossière, dans laquelle vous vous êtes engagé avec hardiesse : la réhabilitation d'une doctrine que vous avez déjà écartée, un plaidoyer en faveur du système qui rejette la notion même de représentation. »

L'adhésion à la thèse qui voit dans la volonté un des éléments susceptibles de déclencher la loi n'implique nullement le rejet du concept de représentation; grâce à elle, au contraire, il est possible d'élaborer une théorie qui, calquée sur les faits, donne une explication satisfaisante des

manifestations de la représentation juridique, telle qu'elle a été consacrée par la loi et appliquée par la jurisprudence.

L'acte juridique de la représentation, dont nous avons longuement montré l'aspect et les caractères propres, met, chaque fois qu'il se réalise, la loi en mouvement : c'est dans cette formule toute simple que nous apercevons l'explication dernière de la représentation au point de vue de la technique juridique.

Nous avons eu l'occasion d'indiquer que la question essentielle consistait à se demander pourquoi le rapport de représentation avait pour résultat de lier le représenté au tiers, surtout lorsque le premier s'opposait à une telle mesure. Une seule explication nous paraît possible : le concours de volontés du représentant et du tiers a déclenché la règle positive qui régit l'espèce. Les conditions requises pour l'application de la loi étant remplies, la norme confère une force obligatoire à l'objet sur lequel les volontés s'accordent et c'est elle qui déclare le représenté obligé avec le tiers. Cette formule s'adapte à la représentation légale comme à la représentation conventionnelle.

Elle permet de saisir le mécanisme de la représentation légale que les auteurs ont pris soin de laisser dans l'ombre parce qu'il aurait toujours été la réfutation vivante du système qu'ils défendaient : pourquoi le tuteur engage-t-il le mineur ? Parce que la loi dispose qu'il a qualité pour le faire et que les actes passés avec les tiers produiront effets à l'égard du pupille si les règles relatives à la tutelle sont appliquées. Pourquoi le patrimoine de l'enfant subira-t-il les conséquences de l'action du père, administrateur légal ? Parce que le législateur l'a édicté dans les dispositions que nous avons analysées. Pourquoi l'armateur sera-t-il engagé malgré lui par des actes graves de son

représentant légal ? Parce qu'en contractant avec des tiers, le capitaine de navire a déclenché des règles qui déclarent ses actes opposables à l'armateur.

La solution proposée explique la représentation des porteurs de parts de fondateurs et montre comment l'un d'eux peut être engagé alors qu'à l'assemblée générale il a, par un vote contraire, manifesté sa volonté de ne pas être tenu : c'est parce que la loi a estimé nécessaire que le représentant légal puisse agir lorsque certaines conditions de majorité sont réunies et elle stipule que dans ces hypothèses le représenté sera obligé malgré lui; quand le rapport de représentation se réalise, le représentant et les tiers mettent en jeu ces dispositions législatives.

Et c'est alors forcément l'explication technique qui doit régir l'organisation des obligataires prévue par le projet de loi que nous avons examiné. Pour obvier aux difficultés rencontrées par la jurisprudence, M. Escarra a proposé ⁽¹³⁾ des techniques « moins brillantes, mais aussi moins dangereuses et d'un maniement plus facile », telles que la fraude, l'abus du droit, le détournement de pouvoir : c'est là déplacer le problème et non le résoudre. Avant de se préoccuper de la question de savoir si les actes de la société civile sont entachés de fraude ou constituent un abus de droit, il est nécessaire de se demander au nom de quels principes et en vertu de quelles règles ces actes produiront des effets dans le patrimoine de l'obligataire, au regard de l'un de ses éléments concrets; allant plus loin, on doit se demander s'il est même possible que l'obligataire soit engagé par un tiers, le groupement, alors qu'il a manifesté une volonté contraire. Si la réponse est affirmative, la no-

(13) Escarra, note au D., 1925. 2. 57.

tion de représentation légale doit jouer; elle se réalisera, dès lors, au profit ou à l'encontre du représenté, parce que le représentant et le tiers ont lancé la norme qui, par sa puissance, engendre des effets de droit dont l'obligataire recueille les fruits ou supporte le poids.

Les contrats conclus par le syndic de faillite dans la limite de ses pouvoirs s'imposeront ou bénéficieront à la masse des créanciers du failli et au failli lui-même parce que le représentant légal et le tiers contractant ont mis en mouvement les règles qui ont pour résultat de rendre opposables à la masse et au failli les opérations traitées par le syndic.

Ainsi, à la question de savoir comment la représentation légale se produit dans tel ou tel cas concret, nous répondons : par l'action combinée du représentant et du tiers, action qui est soumise à des conditions de fond et de formes, que nous aurons l'occasion d'analyser. Pourquoi le rapport de représentation engendre-t-il des effets obligatoires vis-à-vis du représenté et du tiers ? Parce que le représentant légal et le tiers ont mis en jeu la norme créant lesdits effets de droit. Le phénomène de la représentation légale n'a donc rien d'anormal; il obéit simplement à la technique de l'acte juridique que nous avons adoptée.

Et la représentation judiciaire confirme la solution que nous proposons : si le représenté doit respecter les opérations conclues par l'administrateur-séquestre, son représentant, c'est en vertu d'une disposition législative qui s'est appliquée parce que l'acte était conforme à la loi.

Mais notre thèse ne sera-t-elle pas prise en défaut quand elle devra englober et maîtriser les faits constitutifs de la représentation conventionnelle ? N'est-ce pas la volonté du représenté qui crée réellement le rapport de représenta-

tion ou les volontés combinées du représentant, du représenté et du tiers, ainsi que l'ont soutenu M. Pilon et M. Corbesco ? Une réponse affirmative ne paraît point douteuse, dit-on : en effet, la représentation n'existera que si telle est la volonté du représenté et dans la mesure déterminée par la procuration. « Je suis représenté parce que je l'ai voulu et dans la mesure où je l'ai voulu : et ce ne serait pas ma volonté qui serait la cause efficiente de la représentation ? » Nullement. Nous avons constaté l'impuissance de la volonté à créer par elle-même un effet de droit quelconque; elle ne peut pas seule engendrer la représentation, parce qu'il s'agit d'un fait extérieur qu'elle ne saisit point. Elle n'a qu'une maîtrise indirecte sur ce phénomène, *elle est à son origine, mais elle n'en est pas la cause* : elle le fera apparaître par l'intermédiaire de la loi.

Les auteurs se sont plu à projeter ici l'article 1134 du Code civil qu'ils invoquent pour justifier les effets de la représentation. Nous avons montré que cet article ne pouvait s'appliquer à la représentation légale; nous dirons qu'il est inutile en matière de représentation conventionnelle, quelque surprenante que paraisse l'assertion. Les règles relatives au mandat suffisent à la technique juridique pour expliquer la production de la représentation conventionnelle. Le problème à résoudre consiste, nous l'avons vu, à montrer pourquoi le représenté subira les conséquences d'un acte passé avec un tiers par le représentant; la solution réside dans une simple traduction des faits. Le représentant reçoit le pouvoir « de faire quelque chose » pour le représenté et en son nom; usant de la faculté dont il dispose, le représentant conclut un acte avec un tiers. Pourquoi la représentation apparaît-elle ? Pour-

qu'oi une personne étrangère à l'acte sera-t-elle tenue ? Parce que l'accord des volontés met alors en mouvement une disposition législative qui crée le phénomène de la représentation. Et cette norme nous paraît être l'article 1998 C. civ. : « Le mandant est tenu d'exécuter les engagements contractés par le mandataire, conformément au pouvoir qui lui a été donné. » Le concours de volontés du représentant, du représenté et du tiers est pris en considération par la loi ; en l'espèce, comme dans la représentation légale, c'est la loi qui engendre la représentation en vertu de laquelle le représenté subit les effets de l'opération accomplie, c'est la loi qui appréhende l'accord des volontés et le rend obligatoire en l'introduisant dans la sphère juridique.

Il n'est pas besoin de faire appel à l'article 1134 pour justifier l'apparition de la représentation. Le caractère propre de celle-ci est d'obliger une personne par l'intermédiaire d'une autre, qui agit en son lieu et place. Sur le terrain de la représentation conventionnelle, c'est l'article 1998 qui crée cet effet de droit ; il est la cause efficiente du phénomène. L'article 1134 n'intervient et ne doit intervenir que pour fixer l'étendue à attribuer envers le tiers à la représentation juridique *qui est déjà réalisée*. Quand la question de l'existence même de la représentation se posera, quand il s'agira de savoir si cette notion a réellement joué, c'est l'article 1998 qui sera invoqué pour montrer que, ses conditions d'application ayant été remplies, le rapport de représentation a dû se produire. Si, au contraire, le tiers conteste la portée de l'acte constituant la représentation, le représenté usera de l'article 1134 pour le contraindre à exécuter la convention dans toute son étendue ; mais à ce moment-là, la représentation a déjà

joué puisque le représenté est lui-même tenu des engagements pris en son nom, l'article 1998 est déjà entré en application et c'est lui qui se rapporte au caractère essentiel de l'institution : le lien d'obligation jaillissant immédiatement sur la tête d'une personne qui n'est point partie à l'acte. Dans la représentation conventionnelle, la volonté des divers sujets de droit remplit la fonction qui lui a été reconnue dans la vie juridique en général : elle déclenche la norme à laquelle elle emprunte son autorité.

Telle est, au point de vue de la technique, la solution que nous proposons quant au phénomène de la représentation juridique en droit privé moderne; elle dérive des faits sur lesquels nous avons essayé de la mouler, elle est le produit immédiat de l'observation directe que nous avons effectuée dès les premières pages de notre travail ⁽¹⁴⁾.

Et elle n'est qu'une des applications multiples de la théorie adoptée sur l'acte juridique en général. Il fut un temps où la représentation était l'objet d'une vive curiosité pour les juristes et même un élément de crainte pour certains, qui voyaient en elle le renversement des principes les plus solides : n'a-t-on pas parlé de « monstruosité

(14) En donnant cette explication du phénomène de la représentation juridique, nous heurtons de front la thèse de Duguit : celui-ci, nous le savons, prétend que le maintien de ce concept est dû à une analyse inexacte du rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique. La doctrine classique lui attribue un rôle créateur, alors qu'en réalité elle aurait pour fonction de mettre la loi en mouvement, ce qui aurait pour conséquence de rendre absolument inutile la notion de représentation. Nous avons au contraire essayé d'établir que l'attribution du même rôle à la volonté constituait la justification de la représentation au point de vue de la technique juridique; seule, à nos yeux tout au moins, elle permet d'en saisir le mécanisme tout entier, seule elle permet de répondre à une question qui tourne à l'énigme autrement, et, au lieu d'impliquer un rejet absolu, elle commande un maintien des plus fermes. L'énoncé de telles propositions n'est pas dû à l'amour des paradoxes ou à la recherche de prétendues contradictions. L'examen des faits, inexact peut-être pour certains, a seul dicté nos conclusions.

logique » ? Nous ne voyons vraiment pas pourquoi le mécanisme de cette notion doit effrayer la doctrine. Tout d'abord, il est inutile de parler de « phénomène anormal » ou d'user d'expressions analogues : la technique juridique doit suivre les faits posés par le législateur et il est inadmissible que l'on s'insurge contre eux pour cette seule raison qu'ils ne peuvent se plier aux cadres forgés par le juriste.

Mais si nous avons observé les faits aussi scrupuleusement que nous le prétendons, la solution n'aurait-elle pas été tout autre, car enfin n'a-t-on pas fait remarquer ⁽¹⁵⁾ que la doctrine des rédacteurs du Code civil a été celle de la fiction et non point celle que nous venons de développer ? N'aurions-nous point faussé les phénomènes qui constituent la théorie de la représentation en droit privé moderne ?

Nous ne le pensons pas. Et d'abord il est impossible de démontrer, grâce aux travaux préparatoires, la consécration par le législateur du système de la fiction ; il ne suffit pas de prendre une formule au hasard et de déclarer propres aux rédacteurs du Code les conséquences qu'on en tire soi-même. Les propositions sur lesquelles on prétend s'appuyer sont relatives aux textes du mandat (art. 1984 et s. C. civ.). Or, en expliquant la nature du contrat, les tribuns Tarrible ⁽¹⁶⁾ et Bertrand de Greuille ⁽¹⁷⁾ se contentent de reproduire l'article 1984 et insistent sur la nécessité du consentement réciproque du mandant et du mandataire, pour qu'ensuite le rapport de représentation puisse

(15) Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, p. 197.

(16) Fenet, *Travaux préparatoires*, t. XIV, p. 594 (Communication officielle au Tribunat, rapport fait par le tribun Tarrible).

(17) Fenet, *op. cit.*, p. 603 (Discours prononcé devant le Corps législatif par le tribun Bertrand de Greuille).

se former avec l'intervention du tiers. Et le tribun Tarrible, décrivant le rôle du mandataire, ajoute : « Relativement au tiers, le mandataire ne traite pas de ses propres intérêts; il fait l'affaire de son commettant d'après les intentions tracées dans le mandat; il n'est que le simple organe de ce même commettant, qui demeure seul obligé envers le tiers par la transaction passée en son nom lorsqu'elle est conforme au vœu qu'il a exprimé. » (18).

Quelle est dans ce passage la formule qui indique l'adhésion du législateur à la doctrine de la fiction ? Il est possible d'y voir le but de la loi, qui est de consacrer un rapport de droit dont l'effet sera de rendre directement opposable au représenté l'opération accomplie par le représentant; et les développements du tribun Tarrible font apparaître le caractère spécifique de la représentation qui engendre un lien d'obligation entre une personne non présente à l'acte et le tiers contractant. On explique comment le phénomène se produit, mais on ne dit pas pourquoi les conséquences se réalisent; le processus de l'acte juridique est analysé mais dans le seul but de faire apparaître les effets qui lui sont propres. Les rédacteurs du Code civil ont simplement établi des règles dont ils ont précisé les résultats; ils ont laissé à la doctrine le soin de les systématiser et de fixer la nature juridique de l'institution qu'ils établissaient.

Auraient-ils voulu consacrer une conception doctrinale, nous ne pourrions donner à cette thèse que la juste place qui lui revient. Le mandat, nous l'avons vu, est loin de constituer à lui seul toute la matière de la représentation; la théorie que nous essayons d'édifier doit embrasser le

(18) Fenet, *op. cit.*, p. 595.

vaste domaine de la représentation légale comme celui de la représentation judiciaire. Au nom de quel principe devrait-on appliquer à l'ensemble une technique propre tout au plus au seul mandat du droit civil ? Le point de vue des rédacteurs du Code ne pourrait être dans tous les cas qu'une simple présomption en faveur de la théorie générale à adopter.

Nous ne voulons pas, d'autre part, dans la recherche d'un système juridique, donner aux travaux préparatoires l'importance excessive qui leur était dévolue au cours du xix^e siècle par l'Ecole de l'exégèse, laquelle limitait les efforts du juriste à saisir, partout et toujours, l'intention du législateur. Nous voyons dans la loi « une formule littéraire s'éclairant au contact de son but social » (19); en édictant les dispositions qui doivent s'appliquer à des situations de fait déterminées, le législateur a eu pour but de répondre à des besoins sociaux, il s'est proposé de régler des formes d'activité humaine en vue de la meilleure réalisation du bien commun. Dans l'élaboration de la théorie qui groupera une série de règles, le juriste a donc pour tâche de pénétrer la formule littéraire qui pose la technique juridique et il projettera sur elle les faits constitutifs du but social que le législateur a voulu satisfaire; c'est de cette méthode que nous nous sommes inspiré, délaissant la conception historique ou exégétique. L'intention des rédacteurs du Code civil, telle qu'elle s'est manifestée dans les textes relatifs au mandat, ne pourrait donc pas nous arrêter.

Aussi maintenons-nous la solution proposée, qui rend compte, à nos yeux, des divers aspects de la représentation

(19) Bonnecase, *Précis de pratique judiciaire et extra-judiciaire*, p. 188.

en droit privé moderne. Et puisque la technique juridique à laquelle nous avons fait appel permet d'expliquer la naissance du rapport de droit liant le représenté au tiers, appuyons-nous sur elle pour dégager la nature juridique de la représentation.

SECTION II

NATURE JURIDIQUE DE LA REPRÉSENTATION

§ 1. — Définition.

Elle doit englober, pour être exacte, les cas examinés dans l'exposé descriptif; mais ici une précision est nécessaire. Il faut, sans aucun doute, faire entrer dans la définition générale les exemples de représentation établis par les textes; il doit aussi être tenu compte des données de la jurisprudence quand elle s'appuie sur une disposition positive. Mais les décisions des tribunaux ne pourront être retenues sans un examen préalable lorsqu'elles ont étendu l'idée de représentation en dehors des textes ⁽²⁰⁾.

Partant des cas prévus par le législateur et nous éclairant du travail de la jurisprudence sur chacun d'eux, nous croyons pouvoir condenser le phénomène de la représentation dans la formule suivante :

La représentation est une institution juridique s'analysant dans la substitution d'une personne (le représentant) à une autre (le représenté) en vue de la formation d'un rapport de droit entre le représenté et un tiers; elle repose

(20) Nous visons les applications du concept de représentation aux codébiteurs solidaires, au représentant de commerce et au courtier d'assurances maritimes.

essentiellement sur la faculté donnée au représentant et de conclure des opérations juridiques avec un tiers qui accepte d'être directement lié avec le représenté, et d'accomplir des opérations matérielles destinées à permettre ou à faciliter la réalisation des actes juridiques.

Ainsi le caractère spécifique de la représentation réside dans la production d'effets de droit à l'égard d'une ou de plusieurs personnes qui n'ont pas figuré à l'acte. Il y aurait là un effet anormal du contrat ⁽²¹⁾ qui ne pourrait être expliqué sans bouleverser les principes généraux du Droit. En effet, l'article 1165 C. civ. pose le principe de la relativité des effets du contrat quant à la personne : comment concilier ce texte avec l'acte de la représentation juridique ? Il est sans doute facile d'avancer que les conséquences sont les mêmes soit que les parties aient personnellement participé au contrat, soit qu'elles y aient figuré par mandataire. Cette assertion classique relative à l'article 1165 n'est qu'une constatation, elle n'est pas une explication.

On a tenté de tourner la difficulté en déclarant que cet article envisage, lorsqu'il dit que les conventions ne nuisent pas aux tiers, « l'hypothèse d'une obligation qui naîtrait dans le patrimoine d'une personne sans aucun équivalent pour celle-ci », mais qu'il « est muet sur l'opération mixte comprenant un échange d'engagements, opération qui ne ferait naître un droit dans le patrimoine du tiers que contre un équivalent à fournir par lui » ⁽²²⁾. L'ar-

(21) Pilon, *op. cit.*, p. 64 : « Au fond, il y a là un effet anormal du contrat qui suppose des conditions spéciales. » Selon nous, au contraire, ce qui est anormal, et cela seulement, c'est de ramener la représentation aux cadres du contrat.

(22) Corbesco, *op. cit.*, p. 51.

ticle 1165 permettrait donc l'admission du contrat pour autrui.

En face de la représentation conventionnelle, cette solution peut à la rigueur se défendre, encore qu'on puisse lui reprocher son évidente subtilité. Mais il nous paraît difficile d'affirmer que la même formule s'adapte à la représentation légale, où, dans certains cas, le représenté est obligé, bien qu'il ait au préalable manifesté l'intention de rester étranger à l'acte conclu par le représentant et le tiers; et si la représentation n'engendre qu'un résultat défavorable pour le représenté ? Ainsi, la masse des porteurs de parts de fondateur accepte une modification des statuts qui diminue leurs droits eu égard aux circonstances difficiles que traverse la société débitrice : nous savons que les dissidents seront tenus par l'acte que les représentants passeront. Ici, l'adaptation de l'article 1165, telle qu'elle a été proposée, est impossible.

La construction théorique de la représentation se trouve donc arrêtée par un texte fondamental de notre droit civil ? Nous ne le pensons pas. On s'est obstiné jusqu'à nos jours à limiter l'analyse du phénomène à l'étude de l'un de ses aspects : quand on parlait de son étendue, on n'envisageait que le mandat prévu par les articles 1984 et suivants C. civ.; quand on voulait décomposer son mécanisme, on se rapportait aux seules règles du contrat.

Les applications nombreuses de la représentation juridique qui se sont imposées à notre observation nous interdisent d'adopter la même attitude; nous n'aboutirions qu'à des vues incomplètes. Les faits eux-mêmes qui constituent notre exposé descriptif indiquent qu'il serait vain de vouloir à tout prix introduire la représentation dans les cadres du contrat; on n'y parviendra qu'en la brisant.

La représentation ne s'analyse pas dans le contrat mais dans l'acte juridique. Les auteurs ont été surpris de ce que le mécanisme du contrat ne pouvait pas jouer pour le phénomène de la représentation; mais il aurait fallu d'abord prouver que les éléments de l'opération juridique qui nous occupe formaient bien un contrat. En réalité, nous trouvons ici un écho lointain, mais des plus fâcheux, de la tendance des auteurs à ramener la vie juridique tout entière au dogme contractuel, de sorte que les faits démontrent le bien-fondé d'une remarque déjà faite : la nécessité de séparer deux notions que l'on avait l'habitude de fondre ensemble, le contrat et l'acte juridique ⁽²³⁾.

Si ces deux concepts sont encore rivés intimement l'un à l'autre, la représentation sera toujours une « monstruosité logique ». Mais le contrat ne renferme pas dans son sein l'acte juridique tout entier; il en est seulement l'un des aspects. L'acte juridique a une portée beaucoup plus large, il englobe le contrat comme la représentation englobe le mandat; de sorte que, sur le terrain technique, tenter d'expliquer le mécanisme de la représentation par celui du contrat, c'est essayer d'introduire le tout dans la partie.

Les effets de l'acte juridique sont plus étendus que ceux du contrat, comme le démontre la définition suivante que nous empruntons à M. Bonnecase ⁽²⁴⁾ : « L'acte juridique est

(23) « L'acte juridique a été trop longtemps aperçu en France sous l'aspect unique du contrat. » (Bonnecase, *Supplément à Baudry*, t. II, n° 268, p. 299.). — Capitant : « Les articles 1134 et 1156 du Code civil consacrent pour les contrats, qui sont les actes juridiques les plus importants, ... » (*Introduction à l'étude du droit*, 5^e éd., p. 277). M. Capitant admet donc que le contrat ne constitue pas toute la matière de l'acte juridique.

(24) Bonnecase, *Introduction à l'étude du droit*, 2^e éd., n° 54, p. 104. Cette définition de l'acte juridique a son point de départ dans les textes. Bonnecase, *Supplément à Baudry*, t. II, n° 366, p. 420 et s.

une manifestation extérieure de volonté bilatérale ou unilatérale, dont le but direct est d'engendrer, sur le fondement d'une règle de droit ou d'une institution juridique, à l'encontre ou au profit d'une ou de plusieurs personnes, un état, c'est-à-dire une situation juridique permanente et générale, ou, au contraire, un effet de droit limité se ramenant à la formation, à la modification ou à l'extinction d'un rapport de droit. »

Sur cette formule il est possible, croyons-nous, de calquer une explication satisfaisante de la représentation quant à ses effets. Le représentant manifeste la volonté de passer un acte dont les conséquences se produiront uniquement sur la tête d'une autre personne; le tiers accepte. Une règle de droit entre en mouvement parce que ses conditions d'application ont été remplies par les parties; elle a pour résultat d'engendrer des effets de droit « à l'encontre ou au profit de plusieurs personnes », qui sont, en l'espèce, le représenté et le tiers ⁽²⁵⁾.

Ainsi, grâce à la définition de l'acte juridique qui a été adoptée, la représentation n'offre plus, dans notre droit privé moderne, aucun caractère anormal, elle obéit à la technique qui régit les autres notions fondamentales.

On ne voit pas, dès lors, pourquoi son maintien impliquerait le rejet de la notion traditionnelle d'obligation. M. Pilon a cependant accepté ce point de vue, qui, à ses yeux, est le seul qui permette le fonctionnement de la re-

(25) C'est l'idée défendue par M. Capitant. Le savant professeur pense que pour expliquer la représentation, il faudra « reconnaître enfin qu'un acte juridique peut produire ses effets sur la tête d'une personne autre que celui qui l'accomplit » (*Introduction à l'étude du droit*, 3^e éd., p. 363). Mais on est alors obligé d'abandonner le principe de la volonté créatrice d'effets de droit.

présentation. « En réalité, dit-il ⁽²⁶⁾, c'est un patrimoine qui doit une prestation à un autre patrimoine, la personne n'est que l'organe du patrimoine. » Lorsque le représentant agit, il met sa volonté au service d'un autre patrimoine, qui n'est plus engagé par son organe normal.

Cette théorie, qui est le développement des idées de Saleilles, ne devait pas triompher ⁽²⁷⁾ parce qu'elle est en dehors de notre droit positif; n'en concluons pas avec M. Pilon que la nature juridique de la représentation est alors inexplicable. L'obligation peut très bien demeurer ce que la définit la doctrine classique : un rapport de droit en vertu duquel une personne se trouve assujettie dans son activité envers une autre personne, sous la forme d'une prestation à exécuter. L'explication que nous avons proposée en partant de la notion d'acte juridique en général cadre parfaitement avec cette conception : chaque fois que la norme est déclenchée par le concours de volontés du représentant et du tiers, elle pose des effets de droit qui s'appliqueront à la personne du tiers et du représenté, c'est leur personne qui avant tout est prise en considération. M. Pilon a été contraint d'accepter une thèse différente parce que, s'appuyant sur la théorie de l'autonomie de la volonté, il ne pouvait expliquer que le représenté soit obligé malgré lui; il dit alors : ce n'est pas la volonté qui est tenue, c'est le patrimoine. Il est inutile de recourir à de telles subtilités et de battre en brèche les données essentielles de notre droit privé, alors que le mécanisme de l'acte juridique en général permet d'expliquer le phénomène de la représentation.

Et nous nous attacherons d'autant plus à la technique adop-

(26) Pilon, *op. cit.*, p. 48.

(27) Lévy-Ullmann, *op. cit.*, p. 353.

tée par des auteurs modernes que seule elle aboutit à une théorie de la représentation qui soit une et embrasse tous les cas révélés par l'observation directe. Si l'on s'obstine à attribuer à la volonté un rôle créateur au même titre que la loi, on se trouve dans l'obligation de proposer une explication bipartite du phénomène de la représentation : la représentation conventionnelle étant créée par la volonté, la représentation légale étant produite par la loi. L'élaboration d'une théorie générale est impossible. Le fait de la représentation est toujours le même puisque dans tous les cas il a pour résultat de lier directement le représenté au tiers, et cependant on serait obligé de le scinder, de dresser des cloisons étanches et une antinomie irréductible entre les manifestations d'un phénomène dont la nature est identique. Les cas multiples de représentation consacrés par la loi restent uns dans leur essence : sans doute, les formes qu'ils revêtent dans la pratique sont variées, mais comment veut-on qu'il en soit autrement puisque les besoins sociaux auxquels ils répondent se caractérisent par leur complexité. Il serait toutefois étrange que la substance elle-même de la représentation soit affectée par les modalités qui opèrent sur les seuls éléments accidentels. La nature juridique d'une notion ne suit pas les fluctuations qui modifient ses conditions de formes.

Puisque, nous l'avons vu, l'essence de l'acte juridique est de mettre en mouvement la loi au sens général du terme, une solution unique doit être donnée au problème de la représentation : le lien de droit qui rattache immédiatement le tiers au représenté est dans tous les cas dû à la loi; seuls changeront, suivant les espèces, les éléments de fait pris en considération pour recevoir force obligatoire dans le domaine juridique.

Ainsi, la définition que nous avons donnée de la représentation s'éclaire au contact du mécanisme de l'acte juridique dont elle est l'un des reflets. Nous précisons de la sorte la manière dont se réalise le phénomène; nous répondons au « comment » alors que nous avons déjà répondu au « pourquoi ».

Le lecteur sachant ce qu'est en elle-même la représentation, il importe d'en délimiter exactement les contours, en la distinguant de notions voisines et en évitant qu'elle ne soit déformée par d'autres concepts que la doctrine et la jurisprudence ont essayé d'introduire.

§ 2. — Analyse de la notion de représentation.

A. — *La représentation est distincte du mandat.*

Une distinction ferme doit être établie entre ces deux notions qu'on a eu le tort de confondre pendant longtemps: il ne suffit pas d'ailleurs de marquer leurs caractères propres, il faut aussi bannir l'emploi des expressions qui prêtent à confusion.

La représentation est-elle de l'essence du mandat ? L'affirmative est soutenue par Aubry et Rau ⁽²⁸⁾ : « Le caractère propre du mandat consiste dans le pouvoir donné au mandataire de représenter le mandant dans les actes juridiques, de l'obliger envers les tiers. » Cette thèse a même été reproduite par la Cour de cassation dans un arrêt que nous avons analysé ⁽²⁹⁾.

Nous ne saurions l'admettre, car elle heurte l'ensemble

⁽²⁸⁾ Aubry et Rau, t. IV, 5^e éd., p. 153.

⁽²⁹⁾ Civ., 14 avril 1886, S., 87, I, 76, D. P., 86, I, 220.

des faits que nous avons examinés. Tel qu'il a été établi par le Code civil, le mandat repose essentiellement sur l'idée de contrat : si le mandant recueille le profit ou supporte le poids de l'acte passé par le mandataire avec le tiers, c'est qu'il a consenti au préalable à la naissance de ce lien de droit, consentement matérialisé dans la procuration qu'il a donnée au mandataire et qui s'adresse au tiers; ou bien, par une ratification postérieure, il accepte l'opération du mandataire (art. 1998). A l'origine du rapport de représentation, il y a la volonté du représenté : nous ne disons pas qu'elle crée le phénomène, puisque la volonté n'a qu'un pouvoir indirect sur les faits extérieurs. Nous affirmons seulement que les règles du mandat ayant pour but de lier le mandant au tiers n'entreront en mouvement que si le premier donne au mandataire la faculté de l'engager avec autrui. A la base du mandat, il y a l'idée de convention qui joue entre tous les sujets du rapport de représentation.

Mais le concept de représentation pris en lui-même déborde les cadres du mandat ainsi que l'a remarqué le lecteur quand il a été fait application à notre matière de la théorie générale de l'acte juridique. La représentation peut jouer aussi à l'encontre du représenté, qu'il a déclaré une volonté contraire : les exemples de représentation légale en sont la preuve inéluctable, c'est là un point essentiel que nous avons mis en relief au cours de l'exposé descriptif (30). L'accord de volontés du représentant et du tiers

(30) En d'autres termes, la volonté du représenté n'est pas, selon nous, l'un des éléments essentiels du rapport de représentation, elle n'appartient pas à la substance du phénomène. La doctrine classique, au contraire, enseigne que « *trois volontés* sont nécessaires pour créer le rapport de représentation ». Pilon, *op. cit.*, p. 349, et aussi p. 31, n° 36.

lance des normes qui engendreront le rapport de représentation lorsque le représentant tient son pouvoir de la loi, et cela sans qu'il y ait lieu d'envisager la volonté du représenté : le tuteur a-t-il à tenir compte de la volonté du pupille ? Le notaire doit-il connaître l'intention de l'absent qu'il représente ? Le père, administrateur légal, mesure-t-il son activité à la déclaration de volonté de son enfant mineur ? Il est impossible de ramener ces hypothèses au mandat de droit civil.

La distinction s'impose *a fortiori* lorsque la représentation s'accomplit malgré l'opposition du représenté : nous avons vu qu'il en était ainsi pour des actes conclus par le capitaine de navire au regard de l'armateur, pour les opérations réalisées par les représentants des porteurs de parts de fondateurs au regard des dissidents. Nous voilà loin de la technique du mandat ⁽³¹⁾ où la volonté du mandant est nécessaire à la formation du rapport de représentation.

Les hésitations de la jurisprudence en face de l'activité des groupements d'obligataires montrent bien toute la distance qui sépare le mandat de la représentation. Réduits aux seules règles du mandat de droit civil, les tribunaux sont obligés de proclamer la nécessité du consentement personnel de chaque obligataire à l'acte conclu par les représentants de l'association; en d'autres termes, la représentation ne se produira que si le représenté le veut ainsi.

(31) Ce serait donc peine perdue que de chercher à découvrir, sous tous les cas de représentation, un mandat tacite. Celui-ci ne serait pas autre chose qu'une fiction. Nous nous bornerons à mentionner le mandat tacite dont la femme mariée serait investie pour les dépenses du ménage; cette théorie, dont les auteurs reconnaissent l'insuffisance, est, quant à nous, des plus artificielles, et mieux vaudrait faire appel à l'idée de représentation légale.

Au contraire, avec le projet de loi qui consacre l'idée de représentation légale, ce n'est plus l'idée de convention entre représentant et représenté qui, avant tout, entre en ligne de compte; si l'assemblée générale confère, à une majorité déterminée, des pouvoirs d'action aux représentants de la masse, les membres de la minorité se trouvent représentés, qu'ils le veuillent ou non. La situation des porteurs de parts est identique. Le processus de la représentation ne peut donc être confondu avec celui du mandat : ce serait nier toutes les difficultés dans lesquelles se débat la jurisprudence pour assurer l'organisation des obligataires et proclamer inutile l'intervention du législateur qui a institué la représentation légale des porteurs de parts de fondateurs. L'édifice juridique englobant l'ensemble des faits de la représentation craquerait de toutes parts s'il devait s'élever sur les assises du mandat; aussi faut-il distinguer soigneusement les deux notions.

Cette analyse démontre que la représentation est susceptible de se produire sans que l'idée de mandat intervienne; il est aussi facile de prouver qu'il peut y avoir mandat sans représentation. Les tribunaux eux-mêmes l'établissent à l'heure actuelle, revenant ainsi sur certaines de leurs décisions. La Cour suprême l'affirme en disant ⁽³²⁾ que le séquestre des biens ennemis en temps de guerre « est revêtu de la qualité de mandataire de l'Etat Français, mais non de celle de représentant ou d'ayant cause » des sujets ennemis, et, le 27 novembre 1929, le Tribunal civil de la Seine confirme ⁽³³⁾ que « cet administrateur judiciaire ne représente pas les parties et n'est qu'un manda-

(32) Req., 13 juin 1921, D., 22. 1. 186.

(33) Trib. civ. Seine, 27 nov. 1929, *Gaz. trib.*, 25 févr. 1930.

taire de justice » ; le séquestre reçoit des tribunaux un mandat qui ne comporte pas de représentation.

Représentation et mandat constituent deux concepts irréductibles l'un à l'autre. Il est des cas où le mandat est exclusif de toute idée de représentation : on est alors en présence de notions qui ont chacune leur caractère bien distinct et qui vivent à l'état isolé. Et même lorsque le mandat est imprégné du concept représentatif, il ne peut pas être confondu avec la notion de représentation telle qu'elle a été définie ; à la base du mandat, se trouve l'idée essentielle de convention existant entre le représentant et le représenté, alors que la représentation juridique, dans la portée que nous avons attribuée à ce terme, est susceptible de jouer en dehors de cette même convention (34). Le mandataire constitue une variété du représentant ; ce serait s'arrêter à des vues singulièrement étroites que de considérer le premier comme le type exclusif sur lequel doit être bâtie la théorie générale de la représentation (35). Dans la longue chaîne des représentants, il est l'un des anneaux,

(34) En posant ce critérium de distinction, nous nous écartons des formules proposées par M. Pilon, qui aperçoit la différence entre les deux concepts dans le fait que « le mandat est un rapport entre deux patrimoines résultant toujours du concours de deux volontés ; la représentation, au contraire, a une tout autre physionomie : c'est un rapport entre deux patrimoines résultant, non de la volonté de deux personnes, comme dans le mandat, mais de *trois*, celle du représentant, du représenté et du tiers contractant » (Pilon, *op. cit.*, p. 289). Ces propositions ne sauraient être retenues : comment prétendre que l'acte du notaire qui représente l'absent est dû aux volontés du notaire, de l'absent et du tiers ? que l'acte du tuteur est dû aux volontés du tuteur, du pupille et du tiers ? que l'opération conclue par le représentant des porteurs de parts de fondateurs est due aux volontés du représentant, du tiers et du membre dissident ? Nous ne pouvons prendre, comme base de distinction, une formule trop étroite.

Par contre, nous nous rapprochons des idées développées par M. Josserand (*Cours de droit civil positif français*, t. II, 1930, n° 1398).

(35) Nous sommes à l'opposé de la thèse de M. Popesco-Ramniceano, pour qui « la représentation n'est qu'une modalité du mandat » (Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, p. 233).

et rien de plus ⁽³⁶⁾; cette formule est la reproduction des faits analysés dans la première partie de notre travail.

Aussi regrettons-nous que la doctrine française ait facilité la confusion contre laquelle nous nous élevons, par l'extension du concept de mandat à des hypothèses étrangères à cette notion sainement comprise : on parle couramment de mandataire conventionnel, judiciaire ou légal. C'est englober la représentation dans le mandat, c'est recouvrir d'un même terme deux catégories juridiques qui ont leurs caractères propres. En réalité, on ne peut parler que de mandataire conventionnel; dans les cas où la représentation judiciaire et la représentation légale entrent en jeu, il est impossible d'appliquer le mécanisme du mandat. Pour reproduire fidèlement les données de la technique juridique, force nous est de rejeter les expressions courantes de mandataire judiciaire et de mandataire légal, lorsque, sous ce prétendu mandat, se dissimule le concept représentatif; nous nommerons alors représentants judiciaires ou représentants légaux les sujets de droit qui ont reçu pouvoir d'engager directement une ou plusieurs personnes par les actes conclus avec des tiers.

Considérés quant à leur mécanisme interne, les concepts de mandat et de représentation doivent être distingués l'un de l'autre; si l'on envisage leur domaine d'application, on aboutit au même résultat. On limite habituellement ⁽³⁷⁾ le

(36) On a proposé de traduire graphiquement les rapports du mandat et de la représentation par deux cercles qui se coupent : un petit reproduisant le mandat, un plus grand reproduisant la représentation. La surface commune aux deux cercles traduit les cas où le mandat est imprégné du concept représentatif.

(37) Planiol et Ripert, t. II, 10^e éd., n° 2232, p. 746; Josserand, t. II, n° 1400; Bonnecase, *Traité de droit commercial maritime*, n° 423, p. 438. Quant à la jurisprudence, elle entend le mandat aussi bien des actes matériels que des actes juridiques : Perreau, *Technique de la jurisprudence en droit privé*, t. I, p. 132.

rôle du mandataire à l'accomplissement pour autrui d'actes juridiques. La représentation doit être comprise dans un sens beaucoup plus large : elle permet, sans doute, au représentant de conclure avec les tiers des opérations juridiques, mais ce n'est que l'un des aspects de la notion. La loi elle-même englobe dans la représentation l'accomplissement d'opérations matérielles : le capitaine de navire, qui est le représentant légal de l'armateur, est chargé de pourvoir le navire de ce qui lui est matériellement nécessaire, de veiller au chargement des marchandises et de prendre soin de leur arrimage. Par le fait seul que l'assemblée générale des porteurs de parts de fondateurs nomme des représentants, la loi donne à ces derniers le pouvoir d'assister aux assemblées générales des actionnaires, le droit de se faire délivrer copie des procès-verbaux de ces assemblées et d'obtenir les mêmes communications que les actionnaires et aux mêmes époques. L'article 450 C. civ., qui confère au tuteur la qualité de représentant légal du mineur, lui donne en même temps la charge de prendre soin de sa personne : dans l'accomplissement de sa mission, le tuteur aura l'occasion d'accomplir de multiples opérations matérielles qui entrent dans la sphère de ses attributions eu égard à son titre de représentant (38).

Si l'on veut que le concept de représentation juridique réunisse tous les éléments posés par le législateur, il doit englober l'accomplissement des opérations matérielles destinées à permettre ou à faciliter les actes juridiques que le représentant est susceptible de passer avec les tiers (39); et

(38) Statuant sur la situation du détenteur de la puissance paternelle, le Code civil allemand stipule dans son article 1630 : « Le soin de la personne et du patrimoine comprend la représentation de l'enfant. »

(39) Nous croyons trouver la consécration jurisprudentielle de cette conception dans un arrêt déjà cité de la Chambre civile en date du 30 oc-

ainsi il diffère de la notion de mandat telle que l'entend la doctrine.

B. — *Existe-t-il une représentation parfaite et une représentation imparfaite ?*

C'est la matière des obligations solidaires, nous le savons, qui a fourni à la doctrine l'occasion d'élaborer cette théorie bipartite de la représentation; recherchons si elle peut déborder les cadres du droit de la procédure pour devenir une règle générale de notre droit privé moderne.

L'introduction de l'idée de représentation dans le domaine de la solidarité passive a été possible grâce au caractère vague de ce concept : on entendait par là tout agissement pour autrui. Encore n'a-t-on réussi à l'admettre qu'en la déformant, en lui enlevant tout caractère spécifique propre.

Il ne pouvait en être autrement, car il est bien difficile d'extraire l'idée de représentation, comme l'a tenté la jurisprudence, des articles du Code civil relatifs aux effets secondaires de la solidarité passive.

L'article 1207 stipule que la demande d'intérêts formulée contre l'un des débiteurs fait courir les intérêts à l'égard de tous. Le représentant serait ici le débiteur auquel est signifiée la demande, ses codébiteurs solidaires étant les représentés. A l'encontre de tous les exemples analysés jusqu'ici, le tiers crée seul le rapport de représentation; ne voudrait-il atteindre que l'un des codébiteurs, tous le

tobre 1928 (D., 30. 1. 9) et qui a trait à la représentation de la société anonyme par le conseil d'administration. Cette décision constate la qualité de représentants possédée par les administrateurs et elle l'étend « à toutes les opérations rentrant dans l'objet social »; par cette formule, la Cour suprême vise et les actes juridiques et les opérations matérielles susceptibles d'être accomplies par les administrateurs dans l'intérêt de la société.

sont. Ce n'est plus le représentant qui, nanti de ses pouvoirs, se met d'accord avec le tiers pour mettre en jeu le phénomène de la représentation : il devient représentant malgré lui, de même que le représenté est obligé de subir l'acte de représentation. Alors que le représentant joue, comme le mot l'indique, un rôle actif en contribuant à déclencher la norme qui créera la représentation, on renverse ici l'ordre normal des choses; il n'a plus du représentant que le nom, il suffit que le tiers formule contre lui une demande d'intérêts pour que se réalise le rapport de représentation. Nous sommes loin de la définition établie d'après les textes et les données de la jurisprudence.

Et c'est cependant sur cette disposition et d'autres semblables que les tribunaux ont tenté d'édifier la notion de représentation parfaite. Même si elle est exacte dans le droit de la procédure, doit-on l'accueillir dans notre droit privé ? Nous ne le croyons pas. Telle qu'elle apparaît en matière de jugements ou de voies de recours, il est impossible de la délimiter, de lui donner des caractères propres qui la distinguent des notions voisines; un essai d'élaboration d'une théorie générale serait d'avance voué à l'échec.

Analysons la représentation parfaite en matière de chose jugée et envisageons l'hypothèse où le créancier obtient un jugement de condamnation contre l'un des débiteurs solidaires. Avec l'idée de représentation, l'explication technique est la suivante : le débiteur condamné est le « représentant nécessaire » des autres codébiteurs, ceux-ci sont obligés de supporter les effets du rapport de représentation, et ce n'est pas davantage le tiers qui fait naître la représentation juridique à l'égard des coobligés, car, qu'il le veuille ou non, le jugement s'appliquera à tous les débiteurs solidaires. Si l'on veut maintenir le concept de repré-

sensation, il faut dire que dans tous les cas le tiers a « nécessairement » l'intention de faire jaillir ce phénomène juridique sur la tête de tous les coobligés, lesquels sont dans la « nécessité » de subir l'effet de droit qui s'est réalisé dans la personne de leur « représentant nécessaire »; en d'autres termes, la représentation apparaît en dehors de la volonté du représentant, du représenté et du tiers. Et ce serait la « représentation parfaite ». Le terme est plutôt malheureux.

Aussi n'acceptons-nous pas dans le droit privé une notion essentiellement fuyante qui échappe à l'emprise de l'analyse scientifique.

Y a-t-il, au contraire, des raisons qui militent en faveur du concept de représentation imparfaite ? Cette idée permettrait de faire jaillir sur la tête d'une personne les conséquences favorables d'un acte juridique passé avec un tiers par un sujet de droit qui aurait la qualité de représentant légal.

Or, de deux choses l'une : ou bien l'opération traitée avec le tiers engendrera directement des effets dans le patrimoine du représenté, et alors il y aura représentation purement et simplement; ou bien l'acte du prétendu représentant sera tel qu'il ne pourra rejaillir sur d'autres sujets de droit; en d'autres termes, la représentation ne jouera point. En dernière analyse, la représentation imparfaite n'est pas autre chose qu'un mot et elle a le tort de faire retomber sur la nature juridique de la notion sainement comprise le sens d'un terme qui vise uniquement l'étendue du phénomène. En donnant à l'un des débiteurs solidaires la faculté d'accomplir des actes juridiques qui lieront les autres codébiteurs au créancier, la jurisprudence n'altère pas le concept de représentation, puisque alors celui-ci est mis

en mouvement par les volontés concordantes du représentant et du tiers sur le fondement de la loi; mais que la doctrine n'essaye pas d'introduire, pour recouvrir cette situation, l'expression de « représentation imparfaite », qui prête à confusion et ne se légitime point, puisque le mécanisme de la notion reste le même.

Nous ne maintiendrons dans le droit privé que le concept de représentation pur et simple, tel qu'il a été analysé : la représentation imparfaite n'ajoute rien à la nature juridique de cette notion; quant à la représentation parfaite, telle qu'elle est appliquée dans le droit de la procédure, elle ne renferme aucun des éléments requis par la définition générale que nous avons adoptée.

C. — *Doit-on distinguer la représentation de la volonté d'autrui et la représentation de ses intérêts ?*

C'est la distinction posée par MM. Planiol, Ripert et Esmein : il n'y a vraiment représentation que dans les cas où une personne représente la volonté d'une autre. Et cette situation ne doit pas être confondue avec les hypothèses dans lesquelles « les intermédiaires dans un contrat ou les préposés d'un contractant peuvent concourir à la réalisation d'un acte juridique en aidant les contractants à déterminer et à préciser leurs volontés; mais ils ne se substituent pas aux contractants » (40). Lorsqu'il en est ainsi, la volonté des sujets de droit, parties à un acte juridique, reçoit une aide, mais elle n'est pas remplacée dans l'accomplissement de l'opération. « Il y a également représentation des intérêts d'autrui quand une personne, de sa pro-

(40) Planiol, Ripert et Esmein, *Traité pratique de droit civil français*, t. VI, p. 76, n° 60.

pre initiative, en représente une autre dans l'administration de son patrimoine (gestion d'affaires) ou fait naître un droit au profit d'autrui (stipulation pour autrui). Mais la volonté du représenté est alors absente, et, tant qu'elle n'est pas intervenue, il n'y a pas représentation de la personne. » (41).

En partant de la définition de la représentation juridique, que nous avons essayé de calquer sur les faits, la distinction proposée par les savants auteurs ne peut être acceptée. Selon nous, chaque fois que la représentation existe, il y a substitution d'une personne à une autre, de sorte qu'il est inadmissible que l'on parle d'une représentation des intérêts d'autrui. Si l'on veut maintenir quelque valeur au concept représentation dans le domaine juridique, il est de toute nécessité de lui donner des limites bien précises, il est grand temps de rompre avant la tendance naturelle de l'employer à tout propos et sans prendre garde aux éléments complexes et contradictoires qu'il aurait pour mission de recouvrir.

On représente une personne, et non ses intérêts. Il est permis de dire qu'on gère les intérêts d'autrui, qu'on les administre, qu'on les protège. On ne comprend pas qu'une personne se substitue à une chose.

La formule serait-elle exacte, nous ne voyons pas comment elle devrait être délimitée. En effet, lorsqu'il y aura représentation de la volonté d'une personne, il y aura tout autant représentation de ses intérêts, car il est évident que le représenté ne donnera pas au représentant le pouvoir de mettre en jeu la représentation juridique dans le seul but que sa volonté soit reproduite; en investissant autrui de

(41) Planiol, Ripert et Esmein, *op. cit.*, p. 77.

la faculté d'agir en son nom, le représenté vise les avantages pécuniaires qu'il retirera de l'opération, il envisage le résultat éventuel des fluctuations de son patrimoine. Si l'on va au fond des choses, on devra dire qu'il y a dans tous les cas représentation des intérêts d'autrui.

Mais il ne suffisait pas d'énoncer cette distinction pour qu'elle fût appliquée sans difficulté aucune aux nombreux exemples de représentation juridique qui ont été décrits : quel est le critérium qui, dans la pratique, permettra de ranger les cas d'application dans l'une de ces catégories ? Les savants auteurs ne le donnent point, et c'est là une lacune des plus regrettables. Il faut alors classer la plupart des faits constitutifs de la représentation légale dans la représentation des intérêts, car nous avons constaté que très souvent le représenté était lié malgré lui : lorsque les actes conclus par le capitaine de navire sont déclarés opposables à l'armateur à l'encontre de sa volonté, lorsque les membres dissidents sont liés par les engagements qui ont été pris par des représentants nommés à l'assemblée générale des porteurs de parts de fondateurs, lorsque l'absent qui revient doit respecter des opérations passées par le notaire, son représentant légal, on ne dira tout de même pas qu'il y a représentation de la volonté d'autrui ? Et si la représentation apparaît sans que la volonté du représenté intervienne d'aucune façon, par exemple en matière de protection des incapables ?... Toutes ces espèces doivent être rangées sous le couvert de la formule : représentation des intérêts d'autrui, c'est-à-dire dans la catégorie juridique qui englobe les hypothèses où il s'agit seulement d'intermédiaires « aidant les contractants à déterminer et à préciser leurs volontés ». Et l'on arrive ainsi à désigner par les mêmes mots des choses absolument différentes ; le

concept de représentation n'est plus dégagé et défini avec ses caractères propres.

D'autant plus que la formule « représentation de la volonté d'une personne » n'est pas plus exacte. En consacrant la représentation, le législateur n'a pas eu en vue la protection d'une des facultés de l'homme; il a envisagé sa personnalité tout entière. La formule avancée par les savants auteurs est peut-être l'écho d'une tendance des juristes à ne voir dans l'être humain que la volonté; nous ne nions pas que ce soit l'une de ses facultés maîtresses, celle qui lui permet incontestablement de poser sa personnalité. Mais l'individu serait-il diminué quand on affirme que le Droit doit prendre en considération l'ensemble des attributs de la personne humaine, et non l'un de ses éléments ? Le sujet de droit s'affirme dans la vie juridique par les manifestations de sa volonté, mais il n'est pas permis de conclure de cette assertion que la volonté constitue l'essence du sujet de droit ⁽⁴²⁾.

(42) C'est peut-être dans la conception rejetée par nous que réside le germe de la théorie qui voit dans le droit subjectif un pouvoir de vouloir. Cette thèse n'est pas la nôtre; elle mérite, selon nous, les critiques dont elle a été l'objet (V. Duguit, *Traité*, t. I, 3^e éd., p. 275 et s.). Ne serait-ce pas en partie l'insuffisance de cette théorie qui aurait poussé M. Gény à considérer le droit subjectif comme l'une de ces notions qui « sont l'œuvre propre de l'esprit, constituent donc en quelque mesure un artifice humain et doivent, par suite, rester cantonnées au domaine de la technique » (*Science et technique en droit privé positif*, t. III, p. 224). Si l'on ne voit dans la personne humaine que la volonté *in abstracto* et si, par suite, le droit subjectif n'apparaît que comme une manifestation du pouvoir de cette volonté, le droit subjectif est cloué à la technique juridique. Mais nous sommes persuadé que ce concept est aussi la reproduction de données scientifiques inéluctables; et avec les éléments scientifiques qui lui servent de support, le droit subjectif nous apparaît comme une faculté inhérente à la nature humaine, dont le respect s'impose au législateur quel qu'il soit, et dont l'organisation juridique doit être établie en vue de l'épanouissement harmonieux de tous les attributs de la personnalité humaine et en considération du milieu social dans lequel cette faculté doit s'épanouir.

D. — *Y a-t-il une représentation directe
et une représentation indirecte ?*

On a dit qu'il y avait représentation directe ou immédiate lorsque l'acte conclu entre le représentant et le tiers produisait aussitôt ses effets sur la tête du représenté, le représentant restant complètement en dehors du rapport de droit qu'il avait contribué à faire naître.

Au contraire, dans la représentation indirecte ou médiate, le phénomène de la représentation se réaliserait en deux temps : les effets de droit se fixeraient d'abord sur la tête du représentant qui a contracté avec le tiers et ils seraient ensuite transmis au représenté. Dans les deux cas, on se trouve bien en présence d'une personne agissant pour le compte d'une autre et la représentation juridique répond aux mêmes besoins sociaux : la réalisation de certains actes par l'intermédiaire d'un autre sujet de droit. Avec la représentation directe, le résultat est obtenu d'un seul coup, tandis que la représentation indirecte est une opération bipartite dont un des aspects vise le représentant et le tiers et dont l'autre régit les rapports du représentant et du représenté.

Nous ne ferons pas à cette conception un meilleur accueil qu'aux distinctions précédentes parce qu'elle a encore pour résultat d'englober sous le même terme des faits nettement distincts et qu'elle heurte toutes les consécutions légales de la représentation juridique. Chaque fois que le législateur a fait appel à cette notion, chaque fois qu'il a posé des normes relatives à la représentation, il a fait jaillir *immédiatement* les effets de droit sur la tête du représenté. Si la représentation est quelque chose, elle ne

peut être que cela ⁽⁴³⁾. Il existe, c'est certain, des notions voisines, mais que l'on ne proclame pas l'identité alors qu'un simple rapprochement est possible.

On cite parmi les exemples de représentation indirecte le commissionnaire et le mandataire prête-nom. Or, nous avons constaté, par les explications données sur l'article 94 C. comm. ⁽⁴⁴⁾, que ce texte fait lui-même la distinction entre le cas où le commissionnaire « agit en son propre nom pour le compte d'un commettant » et celui où il traite au nom du commettant, situation soumise aux règles du mandat de droit civil. Pourquoi vouloir, dans la technique juridique, désigner par un même concept que l'on déforme des éléments que le législateur a pris soin de dissocier ?

Le mandataire prête-nom agit pour le compte du mandant, mais le tiers ne connaît que son cocontractant, il ignore la qualité du mandataire; comment identifier cette situation avec celle propre à la représentation juridique, qui suppose un accord de volontés entre le représentant et le tiers pour que l'effet de droit se produise sur la tête d'une personne qui n'a pas figuré à l'acte ? ⁽⁴⁵⁾.

Pour rester fidèle aux textes de notre droit privé, dont l'ensemble constitue l'assise inébranlable de la théorie de la représentation, et pour ne pas introduire dans un même terme des éléments disparates, nous parlerons simplement

(43) Le projet franco-italien de Code des obligations a vu dans ce caractère le trait essentiel de l'institution puisque, dans les premières lignes qu'il consacre à la représentation, il stipule que les actes accomplis par le représentant « produisent *directement* leurs effets au profit du représenté et contre lui » (art. 30).

(44) V. *supra*, 1^{re} part., chap. I, sect. II.

(45) Le rejet de la représentation indirecte confirme la distinction que nous avons faite entre le mandat et la représentation : le commissionnaire et le mandataire prête-nom sont des mandataires, ils ne sont pas des représentants.

de la représentation juridique, en lui attribuant la nature et l'étendue que le lecteur connaît.

E. — *Représentation et stipulation pour autrui.*

Il importe de distinguer avec soin les contrats en faveur des tiers des actes juridiques conclus par représentants. Une distinction nette s'impose d'autant plus que dans la pratique il est parfois difficile d'isoler l'hypothèse de stipulation pour autrui de celle de représentation.

Une personne s'engage envers une autre au profit d'une troisième : cette formule résume le mécanisme de la stipulation pour autrui. Le contrat ordinaire ne met en présence que deux catégories de personnes : le créancier et le débiteur.

Les effets de la stipulation pour autrui sont plus étendus, en ce sens que l'accord de volontés réalisé entre deux sujets de droit, le stipulant et le promettant, produira des résultats sur la tête d'une personne étrangère à l'acte, désignée sous le nom de tiers bénéficiaire. Ne peut-on pas ramener cette situation à celle du représentant se mettant d'accord avec un tiers pour qu'un effet de droit se fixe dans le patrimoine du représenté ?

L'un des traits caractéristiques de la stipulation pour autrui consiste en ce que la personne qui stipule l'engagement du promettant n'a pas le pouvoir d'agir pour la personne appelée à bénéficier de l'opération; elle intervient d'elle-même sans être revêtue d'aucune qualité qui lui permette de placer autrui dans un rapport de droit quelconque ⁽⁴⁶⁾. Le représentant, au contraire, est investi,

(46) Planiol et Ripert, t. II, 10^e éd., n^o 1210 : « Ce n'est pas un contrat fait au nom d'autrui par un représentant tel qu'un tuteur ou un mandataire, c'est un contrat fait en faveur d'autrui par une personne dépourvue de pouvoir. »

soit par la loi, soit par le représenté, d'un pouvoir grâce auquel il mettra en jeu les normes relatives à la représentation.

Et cette remarque révèle la situation du tiers bénéficiaire à l'égard du rapport de droit découlant d'un acte auquel il est étranger : celui qui stipule reçoit du promettant l'engagement d'effectuer une prestation dont profitera le tiers. La doctrine admet à l'heure actuelle qu'il y a, par le fait même, création d'un droit propre qui naît directement sur la tête du tiers bénéficiaire. Mais l'un des traits essentiels de la stipulation pour autrui réside dans la possibilité pour le tiers d'accepter ou de refuser la prestation à laquelle le promettant est tenu; s'il déclare ne pas vouloir en profiter, la stipulation tombe. A cet égard, un abîme sépare la stipulation pour autrui de la représentation légale, où l'effet de droit se réalise sur la tête du représenté, qui ne saurait s'y dérober par une déclaration de volonté contraire; si le représentant a suivi les prescriptions que le législateur lui impose, la représentation joue, que le représenté le veuille ou non. Et, au cas de représentation conventionnelle, le représenté donne en premier lieu au représentant le pouvoir de le lier directement à une autre personne, tandis qu'aucune convention préalable n'intervient entre le stipulant et le tiers bénéficiaire.

La distinction est plus frappante encore si l'on considère les effets propres aux deux notions ⁽⁴⁷⁾ : dans la stipulation pour autrui, des obligations réciproques naissent à

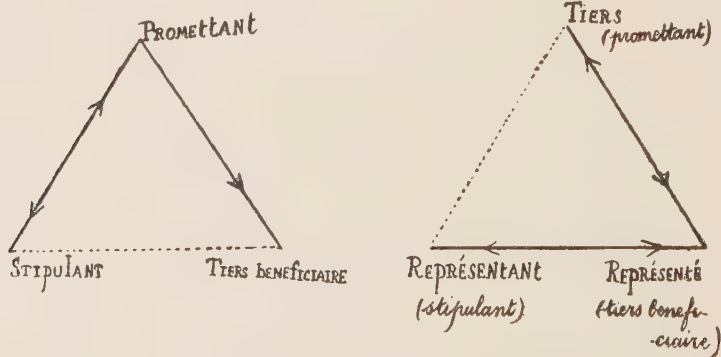
(47) Le graphique suivant permet, croyons-nous, de saisir les traits caractéristiques de la stipulation pour autrui et de la représentation conventionnelle :

Dans la stipulation pour autrui, on voit, par les flèches, que des obligations réciproques naissent entre stipulant et promettant, et qu'une

la charge du stipulant et du promettant. Le premier est tenu à la prestation, qui est la condition même de la stipulation : ainsi le mari doit verser les primes à la compagnie d'assurances pour que la femme bénéficie du contrat. Le promettant, de son côté, aura à tenir sa promesse au profit du tiers bénéficiaire, sous peine de subir l'action en résolution du contrat prévue par l'article 1184 C. civ. et la mise en jeu de la clause pénale s'il en existe. Dans la représentation, au contraire, la personne qui agit pour une autre disparaît dès que l'acte a été conclu avec le tiers : il n'y a plus en présence que deux sujets de droit. L'obligation qui lie le tiers au représenté, ne dépend pas d'une prestation due par le représentant; celui-ci, à l'encontre du stipulant, n'entre pas dans la trame du lien d'obligation qui s'établit entre le cocontractant et la personne pour laquelle il agit.

obligation incombe au promettant au profit du tiers bénéficiaire; nous avons marqué par un pointillé l'absence de lien obligatoire entre le tiers bénéficiaire et le stipulant.

Dans la représentation conventionnelle, le pointillé indique qu'aucune



obligation n'existe entre le représentant et le tiers, tandis que des obligations réciproques rattachent directement le tiers et le représenté. Des flèches montrent enfin qu'une convention préalable est intervenue entre le représentant et le représenté, engendrant des liens d'obligation.

§ 3. — Fondement de la représentation juridique.

A l'heure actuelle, elle est au premier chef une notion scientifique, elle a pour mission de satisfaire à d'impérieux besoins qui se manifestent dans le corps social. L'examen de quelques-unes de ses applications multiples nous a montré qu'elle est indispensable dans la vie du droit. Alors qu'à plusieurs reprises notre Code civil a subi les critiques les plus acerbes, sous prétexte qu'il n'avait jamais pris en considération que l'individu sans le fixer dans le milieu social, il peut aujourd'hui se retourner triomphant contre ces critiques en revendiquant l'honneur d'avoir été le premier à consacrer l'une des traductions les plus vivantes des liens de solidarité qui unissent les membres de la société (48).

Pour assurer le développement harmonieux de ses facultés en vue de l'épanouissement de tout son être dans les limites du bien commun, l'homme a besoin de ses semblables; il a besoin d'eux dans les multiples manifestations de son activité, il doit faire appel à leurs services afin de ne pas être entraîné dans le tourbillon de la vie sociale. La représentation juridique lui permettra précisément de maîtriser les faits en donnant la faculté de se substituer à lui à un autre sujet de droit qui interviendra dans la mise en mouvement des rapports juridiques.

L'homme a un pouvoir d'action limité; s'il est abandonné à lui-même, le groupement peut parfois l'étreindre et l'étouffer. La représentation juridique assurera sa protec-

(48) Ainsi, au lieu d'affirmer que la représentation n'était qu'un mot, Duguit aurait pu voir en elle l'une des consécration positives du « sentiment de la solidarité » qui constituerait, avec « le sentiment de justice », les éléments générateurs de toute règle de droit (Duguit, *Traité*, t. 1, p. 93).

tion quand il ne pourra exercer lui-même les droits dont il est titulaire, parce qu'il n'a pas le discernement requis pour défendre ses intérêts.

L'homme ne doit pas être envisagé à l'état abstrait, en contemplation de quelques-unes de ses facultés seulement, sans prendre garde au milieu social dans lequel elles doivent s'épanouir; il vit avec d'autres hommes dont les justes aspirations commandent au même titre le respect. Aussi les tendances de chacun se heurtent-elles parfois aux barrières que le législateur édifie en vue de la réalisation de l'harmonie sociale. Voilà pourquoi des liens d'obligation naissent sur certains sujets de droit à l'encontre de leur volonté, par l'intermédiaire de personnes dites leurs représentants légaux. Ces formules, que le lecteur jugera peut-être trop abstraites, s'éclairent au contact des faits.

La représentation conventionnelle a l'avantage de donner à une personne le moyen d'accomplir des actes juridiques sans y figurer elle-même. Dans l'impossibilité d'atteindre des cocontractants éventuels, le sujet de droit sera remplacé matériellement et juridiquement par un représentant. Ainsi le commerçant ne peut à lui seul faire face à tous les besoins de son commerce; il est de son intérêt, toutefois, d'agir avec célérité. Le fondé de pouvoirs traitera des affaires en son nom, mettant en jeu les règles de la représentation. Et, si ce même commerçant possède des succursales, il disposera à la tête de chacune d'un représentant, par lequel il sera engagé suivant les pouvoirs qu'il aura concédés. La représentation conventionnelle étend la sphère d'activité de la personne humaine, « elle supprime l'impossibilité matérielle qui mettrait obstacle à la conclusion d'une opération » (49).

(49) Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, 5^e éd., n° 316, p. 339.

La protection des incapables est assurée par l'organisation de la représentation légale : réduit à ses seules forces, le mineur serait dans l'impossibilité de jouer un rôle actif dans la vie juridique, ou bien il serait en état d'infériorité manifeste vis-à-vis des membres du corps social plus expérimentés. En attendant d'acquérir l'âge où il défendra son patrimoine avec quelques chances de succès, le législateur décide qu'une autre personne figurera en son nom sur la scène juridique : tuteur ou père, administrateur légal. Les pouvoirs du représentant sont établis eu égard aux intérêts du mineur : redoutant que les actes accomplis ne causent un préjudice au représenté, le Code civil défend au tuteur de vendre les immeubles du mineur parce qu'il considère la richesse immobilière comme la richesse par excellence et son aliénation comme dangereuse; il lui interdit, pour les mêmes raisons, d'acquiescer à une demande relative à des droits immobiliers, l'acquiescement étant, d'ailleurs, un acte de renonciation qui compromet les droits du mineur d'une manière définitive. La physionomie de la représentation juridique répond aux besoins qu'elle doit satisfaire, tout comme son organisation pour l'administration des biens de l'aliéné est érigée en vue de la protection la plus efficace d'un sujet de droit dont l'altération des facultés mentales compromet la consistance du patrimoine.

Appliquée au capitaine de navire, la représentation est construite de manière à s'adapter aux besoins du commerce maritime : ceux-ci exigent que l'activité du représentant s'exerce avec une certaine liberté, car il n'a pas seulement les droits et les obligations que lui confère le lien contractuel le rattachant à l'armateur ⁽³⁰⁾. La seule notion

(30) Bonnecase, *Traité de droit maritime*, nos 410 et s.

de mandat est impuissante à régir cette situation particulière, car il est des cas où le sort des actes utiles à la navigation accomplis par le capitaine ne doit pas dépendre du bon vouloir de l'armateur; des intérêts supérieurs exigent que ces opérations soient opposables au représenté : le but est réalisé en donnant au capitaine de navire la qualité de représentant légal. Si l'on s'en était tenu aux règles du mandat, que serait-il advenu de l'expédition si, en cours de route, le capitaine était devenu incapable de naviguer ou s'il avait péri ? On ne voit pas comment serait utile, en l'espèce, l'article 2010, qui prévoit la continuation du mandat par les héritiers du mandataire. Avec le concept de représentation légale, la loi a pu décider qu'au cours de l'expédition, le consul aurait la faculté de remplacer le capitaine défaillant et qu'au cas de décès en mer la conduite du navire appartiendrait au second; les opérations accomplies par ce nouveau chef seront encore opposables à l'armateur parce qu'il est toujours le représentant légal. Il en sera de même dans les cas exceptionnels où le capitaine de navire est nommé par les créanciers hypothécaires.

Si le législateur organise la représentation légale en matière d'absence, c'est parce qu'une foule d'intérêts ne doivent pas rester en souffrance sous le prétexte que n'est pas obtenue la collaboration d'une personne qui a disparu et dont l'existence même est mise en doute; il ne faut pas, d'autre part, que l'absence soit exploitée au détriment de l'absent. Le Code civil a vu la conciliation de ces intérêts dans la désignation d'un représentant légal de l'absent.

Les développements consacrés à la représentation des obligataires et des porteurs de parts de fondateurs ont fait apparaître toute l'utilité du concept dont nous poursui-

vons l'étude; nous nous permettons toutefois d'insister, car les auteurs sont loin d'apercevoir le rôle véritable joué en cette matière par la représentation juridique. Il ne saurait être contesté que, laissé à ses seules forces, le porteur de parts ou l'obligataire sera en état d'infériorité vis-à-vis de la société débitrice : il en est réduit à se défendre lui-même contre les actes du groupement qui porteraient atteinte à ses droits, et il trouvera alors en face de lui un organisme puissant. Mais parfois il tirera toute sa force de sa faiblesse même : voudra-t-on lui opposer un contrat conclu avec la société par la majorité des porteurs de titres, il s'élèvera, inexorable, contre une telle décision, alléguant qu'il ne sera point tenu par un acte passé par des personnes auxquelles il n'a pas donné le pouvoir de l'engager. Dans ces conflits, que nous ne faisons qu'évoquer à cette place parce qu'ils ont été signalés dans l'exposé descriptif, la représentation juridique sera-t-elle de quelque utilité ? Il le semble au premier abord, puisque la loi du 23 janvier 1929 l'a établie comme moyen d'action du groupement des porteurs de parts bénéficiaires; mais ce ne serait qu'une illusion aux yeux de certains : « Si les tribunaux, dit M. Bel ⁽³¹⁾, évitent souvent de se prononcer de façon formelle sur la qualité des groupements ayant pour but la défense de leurs membres, c'est que la plupart des questions litigieuses auxquelles ils donnent lieu, validité des opérations faites par le représentant, opposabilité des décisions de la majorité à des porteurs n'ayant pas expressément adhéré à l'union... ne nécessitent pas l'analyse minutieuse de leur nature juridique et peuvent se résoudre à l'aide de théories d'application plus simple, comme celle

(31) Bel, *Le groupement des parts bénéficiaires et la loi du 23 janvier 1929*, thèse Lyon, 1929, p. 49.

du mandat, par exemple, ou simplement par application de l'article 1134 C. civ. »

Nous protestons vivement contre ces formules qui contredisent la réalité des faits : comment expliquer alors les tâtonnements de la jurisprudence, comment se fait-il que les tribunaux, ne contestant pas l'utilité des groupements, déclarent leurs actes inopposables aux porteurs qui n'ont pas donné une adhésion expresse, même si les opérations leur sont utiles ? Pourquoi le législateur est-il donc intervenu le 23 janvier 1929, puisque la technique juridique du mandat s'appliquait très simplement ? et pourquoi l'incertitude sur le sort qui est réservé par les tribunaux aux groupements d'obligataires crée-t-elle « la plus grande inquiétude, la plus réelle angoisse dans le monde des affaires, au point que bien des sociétés anonymes hésitent aujourd'hui à procéder à une émission d'obligations » ? (32).

En réalité, c'est la représentation légale qui devait être organisée : elle l'a été pour les porteurs de parts bénéficiaires, c'est elle qui est établie dans le projet de loi destiné à régir les obligataires. Le but visé par le législateur dans les deux cas est le groupement des porteurs de titres en une masse qui agira et dont l'action ne sera pas brisée par les manifestations de volonté contraires de quelques individualités. Or, ce but ne peut être atteint par les règles du mandat ou par l'application de l'article 1134 C. civ. Le mandat implique à son origine l'idée de convention, il suppose que le mandant a donné au mandataire le pouvoir de le représenter : impossible d'obliger en vertu du mandat les membres du gouvernement qui déclarent

(32) Cohendy, *Faut-il réglementer légalement les groupements d'obligataires* (Rev. des soc., 1930, p. 237).

s'opposer à la passation d'un acte les engageant avec la société débitrice. Et l'article 1134 C. civ. se retourne contre les auteurs qui l'invoquent et montre l'inanité de leur thèse : je n'ai point participé à « faire » la convention, j'ai, au contraire, refusé d'être de ceux qui la font, je ne serai donc pas tenu, puisque les conventions ne tiennent lieu de loi qu' « à ceux qui les ont faites ».

Pour qu'une opération traitée avec un tiers, la société débitrice, par les représentants des porteurs de titres soit opposable aux membres dissidents qui font partie de la masse, il faut que la loi donne à ces représentants le pouvoir d'engager autrui contre sa volonté, il faut que l'on soit en présence de représentants légaux ; sinon il est impossible de faire jaillir sur le représenté les effets de l'acte conclu par le représentant avec le tiers. Nous ne cachons pas qu'il s'agit là d'une mesure grave, puisqu'elle aboutit à obliger une personne malgré elle et à donner à d'autres la disposition des droits dont on est titulaire. Une conciliation, difficile et délicate nous l'avouons, doit être faite entre les intérêts individuels des porteurs de titres et les exigences de la vie sociale, qui postule l'existence et la marche des groupements envisagés. Le législateur sort de l'impasse en édictant qu'une majorité déterminée doit être réunie pour que l'opération soit valablement conclue avec la société débitrice par l'intermédiaire de représentants ; cette condition remplie, tous les porteurs sont engagés parce qu'il s'agit de représentants légaux ⁽⁵³⁾. La représen-

(53) Cette assertion n'est point contredite par l'article 11 de la loi du 23 janvier 1929, aux termes duquel les représentants des porteurs de parts « sont soumis aux règles générales du mandat ». Ce texte n'a pas pour but d'établir le caractère intrinsèque de l'agent, il ne vise que des opérations qui se rattachent au phénomène de la représentation : acceptation du représentant, obligation de rendre compte...

tation légale est le moyen d'action des groupements d'obligataires et des porteurs de parts de fondateurs.

Les administrateurs des personnes morales sont aussi des représentants légaux. Cette assertion heurte la doctrine courante formulée en ces termes par MM. Planiol, Ripert et Esmein. « Ici encore, le mot de représentation est employé à défaut d'autre, mais pas dans son sens technique. Les personnes qui dirigent une personne morale incarnent la volonté collective du corps social. Ce sont les organes nécessaires de la personne morale, et non ses représentants. Il n'y a pas une volonté distincte, mais une seule volonté exprimée par la personne physique. » ⁽⁵⁴⁾. Et, s'il veut connaître la raison de principe pour laquelle il n'y a point représentation, que le lecteur concentre son attention sur la formule suivante : « En effet, la nature de la représentation veut que le représenté ait, au moins en puissance, une volonté distincte de celle de son représentant, susceptible de contrôler celui-ci et de mettre fin à ses pouvoirs. » ⁽⁵⁵⁾. Nous sommes obligé d'affirmer que cette formule est manifestement inexacte; les conséquences qui en découlent constituent sa propre condamnation. Si telle est la « nature » de la représentation juridique, le tuteur et le père, administrateur légal, ne sont plus les représentants du mineur, parce que celui-ci n'a pas une volonté susceptible de les contrôler et de mettre fin à leurs pouvoirs. Le législateur a eu tort de déclarer, dans l'article 143 C. civ., que le notaire représenterait l'absent, puisque ce dernier ne peut pas surveiller le représentant.

(54) Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, *Obligations*, n° 39, p. 76.

(55) Planiol, Ripert et Savatier, t. I, n° 93. Nous ne déformons pas la pensée des savants auteurs en nous rapportant au tome I, car le renvoi est prescrit au tome VI.

Que penser de la loi du 23 janvier 1929 relative aux porteurs de parts bénéficiaires, qui fait jouer la représentation à l'égard des membres de la minorité qui s'est opposée à l'opération du représentant : le représenté ne peut pas alors mettre fin aux pouvoirs du représentant, dont il est obligé de subir les effets. Ainsi on commence par donner une définition inexacte de la représentation, et alors il devient facile de démontrer que les administrateurs des personnes morales ne sont pas des représentants.

Nous avons montré que la nature juridique de la représentation résidait dans la faculté donnée au représentant de conclure des opérations avec un tiers qui acceptait d'être directement lié avec le représenté : l'administrateur de la personne morale fait-il autre chose ? Quand il a traité avec des tiers, les effets de l'acte ne se réalisent pas sur sa tête, mais bien sur celle d'un autre sujet de droit, la personne morale.

Mais nous avons précisé que la représentation s'analysait dans la substitution d'une personne à une autre : en est-il bien ainsi dans le cas envisagé ? Sans aucun doute. Quand l'administrateur agit avec les tiers, il ne se présente pas comme étant la personne morale, mais comme son représentant; il ne dit pas : « Je suis la personne morale », mais « Je suis son représentant. » Le tiers sait très bien qu'il se trouve en présence de deux sujets de droit, dont l'un agit au nom et pour le compte de l'autre ⁽³⁶⁾; il n'ignore pas que le lien d'obligation dans lequel il s'en-

(36) « Sans doute la personne morale se fait-elle représenter, en cette opération comme dans les autres, par des personnes physiques; mais on ne saurait en conclure que ces personnes physiques agissent en leur propre nom. *Bien au contraire, elles agissent comme mandataires de la personne morale*, à laquelle elles doivent rendre compte, en assemblée générale, de l'exécution de leur mandat. » (Chéron, note au D., 1930, 1. p. 10, col. 2.)

gage le rattachera à la personne morale par-dessus la tête de l'administrateur. Celui-ci est bien revêtu d'une personnalité juridique distincte : il est l'un des éléments de l'organisme, mais il n'est pas l'être moral lui-même. Adaptée à l'administration des personnes morales, la représentation apparaît avec tous ses caractères propres : pourquoi vouloir à tout prix la rejeter ?

Serait-ce parce qu'on est amené alors à comparer la personne morale à l'incapable, comparaison moins séduisante qu'une brillante théorie qui dote l'être moral d'une autonomie absolue ? Le juriste ne doit pas être effrayé par les faits sous prétexte qu'ils bouleverseraient son système bâti *in abstracto* : la personne morale ne peut manifester à l'extérieur la volonté qui lui est propre qu'au moyen de représentants. En quoi est-elle diminuée ? « L'incapacité d'exercice, loin d'être une atteinte à la personnalité de l'individu, en représente la confirmation et la protection ; cette incapacité n'empêche nullement, en effet, celui qui en est affligé de participer à la vie juridique, bien au contraire ; seulement, l'intéressé n'agit que par l'intermédiaire d'un représentant. » (37).

Serait-ce parce qu'on est persuadé qu'avec le concept de représentation juridique la personne morale devient une fiction ? Nous serions alors les premiers à combattre ce système. Mais, loin d'y voir une atteinte à la théorie de la réalité de la personne morale (38), nous croyons y trouver une confirmation. Dans l'article 22 de la loi du 24 juillet

(37) Bonnecase, *Introd. à l'étude du droit*, 2^e éd., n° 13, p. 46.

(38) Nous admettons la réalité de la personne morale sur la base des éléments techniques et scientifiques dégagés par Michoud (*La théorie de la personne morale et son application au droit français*) et par M. Bonnecase (*Supplément à Baudry*, t. IV, p. 292 et s.).

1867, le législateur a organisé la représentation juridique dans son application à un type de personne morale : la société anonyme. Il pose la qualité de mandataires des administrateurs, c'est là un texte qui ne saurait être éludé par les théories les plus savantes. L'administrateur est le représentant; la société anonyme est le représenté. On peut, à la rigueur, critiquer cette disposition, mais dans notre droit positif elle existe. Or, on ne représente pas le néant; jamais la loi, nous le savons, n'a donné à une personne le pouvoir de représenter quelque chose de fictif; dans aucun cas, elle n'a attribué la faculté de se substituer à un être dont la réalité pût être mise en doute. Le représenté est toujours un sujet de droit dont la réalité est évidente : pourquoi en serait-il autrement quand il s'agit de la personne morale ? (59). La représentation juridique n'est pas concevable avec le système de la fiction; elle est, au contraire, un appui des plus solides pour la théorie de la réalité des personnes morales.

Mais alors le représentant devra être distingué de l'organe ? A l'aide de quel critérium ? Ou bien rejetterons-nous la notion elle-même d'organe ? La réponse est délicate en raison de l'imprécision qui règne sur le sens exact à attribuer à ce terme : les auteurs qui l'emploient en donnent des définitions qui sont loin d'être concordantes (60).

(59) Dans le projet de loi relatif à la protection des obligataires, déposé le 14 nov. 1930 à la Chambre des députés, le législateur organise la représentation légale comme moyen d'action d'un groupement dans lequel il voit une personne morale; en effet, envisageant la masse des obligataires et celle des porteurs de parts de fondateurs, il précise que « chaque masse est dotée de la personnalité morale » (*Exposé des motifs*, p. 3). Nous voyons là une nouvelle preuve de notre thèse d'après laquelle la personne morale agit au moyen de représentants.

(60) V. un résumé des théories relatives à la notion d'organe dans Matard, *Les pouvoirs des administrateurs et des gérants dans les sociétés par actions*, thèse Bordeaux, 1930, p. 244 à 257.

Si l'on considère que ce qui distingue l'organe c'est l'identification de sa volonté avec la volonté de la personne morale, les concepts de représentation et d'organe sont exclusifs l'un de l'autre, le représentant ayant comme fonction de se substituer à un autre sujet de droit. Mais l'organe est aussi défini dans un sens plus large, en prenant en considération la manière dont l'agent a été conçu par les statuts ou la constitution de l'être moral. Conçu comme partie intégrante de la personnalité morale, il est un organe ⁽⁶¹⁾. A ce dernier point de vue, les administrateurs des personnes morales, qui sont des représentants, peuvent être considérés comme des organes ⁽⁶²⁾.

(61) Michoud, *La théorie de la personnalité morale*, t. II, 2^e éd., n^o 489, p. 44.

(62) Dans une note au D., 1930. 1. 9, M. Chéron est amené à rechercher la nature juridique du conseil d'administration d'une société anonyme : est-il l'organe légal ou le mandataire conventionnel? L'arrêt de la Chambre civile du 30 octobre 1928, analysé par le savant professeur, exigeait que le mandat conféré par le conseil d'administration à l'un des administrateurs fût donné en la forme authentique parce que l'acte qui allait être accompli devait être passé en la même forme. Les auteurs se sont demandé si l'on ne pourrait pas faire l'économie de la procuration notariée requise des administrateurs. M. Lagarde décide que la théorie du conseil d'administration, organe de la société, « exclut les problèmes relatifs à la forme de la procuration » (note au S., 1929. 1. 432, col. 1). Mais M. Chéron doute fort que « cette thèse du conseil d'administration, organe et non mandataire », soit la conception de la loi française, et il propose que « la société, dérogeant à la règle coutumière, mais non impérative, d'après laquelle c'est l'ensemble du conseil d'administration qui la représente, donne mandat authentique pour cette formalité *aux administrateurs ou à l'un quelconque d'entre eux* ». Nous pensons qu'il est possible d'arriver au même résultat sans le moyen technique proposé par M. Chéron et sans qu'intervienne la notion d'organe. Les statuts de la société ayant été déposés au rang des minutes d'un notaire et ayant force authentique, l'administrateur n'avait pas besoin d'une procuration notariée *parce qu'il était le représentant légal de la société et agissait en cette qualité*. En effet, par le dépôt des statuts chez le notaire, la société avait donné un mandat authentique à *ses représentants légaux*. Or, quels sont les représentants légaux de la société anonyme? La Chambre des requêtes les a elle-même nommés le 13 mai 1929 (S., 29. 1. 289) : ce sont « *ses administrateurs et son conseil d'administration* ». S'il en est

Rien ne s'oppose donc à ce que soient reconnus avec la loi et la jurisprudence les services rendus par la représentation dans un domaine labouré en tout sens par l'analyse juridique. Ce n'est pas une notion portant en elle la preuve du néant, ainsi qu'on le croit en songeant à la théorie de la fiction : elle est l'un des signes décisifs de la réalité de la personne morale, dont elle constitue le puissant moyen d'action.

Tels sont les besoins sociaux qui postulent la représentation juridique. Et l'on ne voudrait voir dans cette notion qu'une « vue de l'esprit due à la seule imagination des juristes »?... Qu'on supprime d'abord les faits, qu'on transforme le milieu social! La représentation a des racines trop profondes pour qu'elle disparaisse afin de satisfaire aux exigences d'une théorie.

Cet aspect scientifique, le « donné », qui s'offre à l'observation directe, est saisi par la technique juridique, qui doit le reproduire sans le déformer ou le désagréger; et alors s'impose l'abandon du principe de l'autonomie de la volonté. La représentation n'est jamais créée par la volonté des personnes qui interviennent en vue de la production de ce phénomène juridique : elle est mise en mouvement et c'est toujours une norme positive qui l'établit. Le mécanisme de la représentation conventionnelle est lancé par l'accord de volontés du représentant, du représenté et du tiers : le mandant donne une procuration, c'est-à-dire un pouvoir d'agir au mandataire, qui accepte et se met d'accord avec un tiers pour qu'un rapport de droit se

ainsi, il est absolument inutile, et on ne comprendrait pas qu'un deuxième mandat authentique doive être donné par le conseil d'administration; l'application du concept de représentation légale permet d'éviter ce second acte, qui n'a plus ainsi de raison d'être.

réalise directement sur la tête du représenté. Mais « la représentation juridique d'une personne par une autre peut exister en dehors de tout contrat; le mandat n'est qu'un des moyens de la créer, il n'est pas le seul » (63).

En effet, la représentation est, dans certains cas, forgée de toutes pièces par la loi, sans qu'intervienne dans son élaboration la volonté du représenté : il en est ainsi pour la protection des incapables, pour la masse des créanciers du failli et pour le failli lui-même, pour l'absent qui est remplacé par un notaire à la tête de son patrimoine, dans la mesure fixée par l'article 113 C. civ. Le législateur a alors établi les règles de la représentation d'après les besoins qu'il devait satisfaire et il les impose au représenté. Il n'y a plus ici de convention préalable entre le représentant et le représenté, celui-ci n'intervient plus pour déterminer l'étendue du rapport de représentation. Le représentant, investi du pouvoir que la loi lui confère, conclut une opération juridique avec un tiers, qui accepte d'être directement lié avec une personne qui ne figure point à l'acte : cet accord de volontés met en jeu les règles créatrices de la représentation.

Il est possible enfin qu'au cas où une convention est réalisée entre le représentant et le représenté en vue de la production du phénomène juridique étudié, certaines normes entrent d'elles-mêmes en application : ainsi l'armateur passe un contrat avec le capitaine de navire, aux termes duquel ce dernier devient le chef de l'expédition. Par le fait même sont déclenchées les dispositions du Code de commerce qui fixent l'étendue du pouvoir de représentation propre au capitaine de navire : pouvoir restreint si

(63) Planiol et Ripert, t. II, 11^e éd., n° 753, p. 263.

le représentant se trouve dans le lieu même où réside l'armateur, pouvoir des plus larges dans le cas contraire et permettant de passer des actes opposables à l'armateur, même contre sa volonté. A la base de la représentation juridique, apparaît une convention entre le représentant et le représenté, convention qui met en jeu un faisceau de règles.

Le mécanisme est identique si l'on envisage les représentants des porteurs de parts de fondateurs ⁽⁶⁴⁾ : la majorité qui se dégage à l'assemblée générale donne à une ou plusieurs personnes la mission de représenter le groupement. Cette nomination lance un ensemble de normes : représentation de tous les membres qui constituent la masse, y compris les dissidents, les incapables et les absents; faculté d'assister aux assemblées générales d'actionnaires...; il y a encore à l'origine un accord de volontés, mais qui est loin de déterminer à lui seul l'étendue du rapport de représentation ⁽⁶⁵⁾. Il en est de même pour la société anonyme, par exemple, lorsque l'assemblée géné-

(64) A notre avis, il ne faudrait donc pas prétendre que le capitaine de navire ne peut être assimilé à aucun des représentants « que le droit civil ou le droit commercial nous présente » (Ripert, *Droit maritime*, t. I, 2^e éd., p. 768).

(65) Il n'y a donc point là une « situation étrange et nouvelle dans notre droit », comme l'avance M. Bel (*op. cit.*, p. 108). L'auteur ajoute : « Nous sommes donc en présence d'une exception aux principes généraux. Jusqu'à maintenant, le mandat, lorsqu'il n'était pas imposé par la loi, supposait comme tous les contrats le consentement des parties, même en cas de pluralité de mandants. Maintenant nous connaissons un cas où il n'en sera plus ainsi et où le consentement de quelques-uns seulement suffira à lier les autres. La conception de l'union des porteurs comme simple rassemblement momentané même, on le voit, à de singuliers résultats. » Nous ne voyons pas en quoi le phénomène de la représentation des porteurs de parts paraîtra étrange si on le situe dans les cadres qui sont la charpente destinée à englober les applications de la représentation juridique en droit privé.

rale donne aux administrateurs la faculté d'engager la société à l'égard des tiers.

Le groupement de toutes ces normes, éclairé par la recherche de leur fondement, nous permet d'avancer qu'en droit privé moderne la représentation est une institution juridique, c'est-à-dire « un composé de règles de droit se pénétrant les unes les autres, au point de constituer un tout organique, et embrassant une série indéfinie de relations, qui sont, du coup, transformées en rapport de droit et dérivent toutes d'un fait unique fondamental; ce fait, origine et base de l'institution, la domine nécessairement, en commande la structure et le développement » (66). Le fait fondamental duquel découlent les relations et les règles est ici la substitution d'une personne à une autre en vue de la formation d'un rapport de droit, et le but vers lequel elles tendent est l'organisation sociale de cette substitution (67).

En faisant intervenir la technique juridique, suivant le processus indiqué, dans l'organisation de la représentation, nous nous expliquons pourquoi les formes revêtues par ce concept varient avec le temps et les milieux. Loin d'offrir un type rigide de représentation qui s'adapterait uniformément et infailliblement à tous les systèmes de droit en vigueur (68), la solution proposée, plus modeste,

(66) Bonnecase, *Introduction à l'étude du droit*, n° 45, p. 81.

(67) Nous croyons devoir apporter une précision à la formule de M. Lévy-Ullman (*op. cit.*, p. 347) énonçant que « les pays anglo-saxons nous offrent le spectacle, nouveau pour nous en législation, de la représentation parvenue à l'état d'institution juridique distincte et autonome ». Pour que la représentation existe à l'état d'institution juridique, il n'est point nécessaire qu'elle ait reçu dans son ensemble une consécration expresse du législateur, comme dans le projet franco-italien de Code des obligations; il est possible de l'extraire des textes épars du droit français avec des caractères qui en font une institution distincte et autonome.

(68) Nous faisons allusion à l'essai tenté par M. Popesco-Ramniceano,

limite ses prétentions au seul droit français, tel qu'il apparaîtrait à un moment déterminé de son évolution. C'est dans cet esprit que nous nous engageons dans l'étude des conditions requises pour que se réalise la représentation juridique.

essai qui a été présenté au lecteur. Le projet franco-italien de Code des obligations est venu donner un démenti cruel à la thèse de cet auteur qui a été obligé de constater la fragilité des théories qui ne partent pas du réel. M. Popesco-Ramniceano regrette (*Bull. Soc. lég. comp.*, 1928, p. 195) que le projet franco-italien de Code des obligations n'ait pas attribué à la représentation « la seule place scientifiquement exacte qui puisse lui être réservée », c'est-à-dire parmi les modalités de l'acte juridique, avec le terme et la condition. « Dans le projet, elle figure moins heureusement dans le paragraphe 6 de la première section du chapitre I^{er} consacré aux *sources des obligations*, alors qu'il n'est question des autres modalités que dans le troisième chapitre. »

Nous nous réjouissons quant à nous du choix de cette place, qui confirme une assertion sur laquelle repose toute notre thèse : la nécessité d'une étude préalable de l'acte juridique et de son rôle vis-à-vis de la règle de droit pour rattacher à la solution donnée à ce problème le mécanisme de la représentation juridique.

CHAPITRE III

CONDITIONS DE LA REPRESENTATION

Nous les grouperons sous trois chefs, avec la doctrine classique, de laquelle nous devrons toutefois nous écarter sur bien des points. Le caractère saillant de la représentation juridique est, à nos yeux, le pouvoir en vertu duquel le représentant fait jaillir sur le représenté les effets de l'acte conclu avec le tiers ⁽¹⁾; n'avons-nous pas vu, en effet, que le représenté subit les conséquences d'une opération juridique à laquelle il est étranger et même à laquelle il s'oppose si le représentant est investi par la loi du « pouvoir » de représentation? Nos développements iront d'abord à l'étude de cette première condition, énoncée sous une formule bien connue : le représentant doit avoir le pouvoir de représenter.

Nanti de ce pouvoir, le représentant conclura une opération juridique avec un tiers : celui-ci doit accepter d'être directement lié envers une personne qui n'est point le contractant. En d'autres termes, il faut que le tiers connaisse la qualité de représentant dont est titulaire le sujet de droit avec lequel il traite. Ces observations nous amènent à l'assertion suivante : le représentant et le tiers doivent

(1) C'est sur cette idée de pouvoir qu'insiste tout particulièrement le projet franco-italien de Code des obligations : cinq articles (art. 31 à 35) sur huit ont pour but de préciser la nature et le rôle de ce concept.

avoir l'intention de faire produire les effets de droit sur la tête du représenté.

A une dernière condition, toutefois : c'est que, dans son intervention, le représentant garde une personnalité qui lui soit propre.

SECTION PREMIERE

LE REPRÉSENTANT DOIT AVOIR LE POUVOIR DE REPRÉSENTER

A. — *Qu'entendre par pouvoir de représentation?*

Il « n'est pas autre chose, déclare M. Pilon, que le consentement donné par le représenté ou par la loi dans le cas où le représenté ne peut pas lui-même consentir à l'acte fait pour lui et dont il doit profiter ou être tenu » (2).

Nous nous heurtons encore une fois à une définition insuffisante qui vise la représentation conventionnelle seule. S'il s'agit d'un incapable, on peut, pour les besoins de la cause, affirmer que la loi donne le consentement à la place du représenté, encore qu'il y ait là une affirmation gratuite et qu'il soit impossible de démontrer dans bien des cas que l'incapable aurait lui-même consenti à l'acte. Mais dans les hypothèses nombreuses de représentation légale où le représenté est tenu malgré lui, il est puéril d'avancer que le pouvoir de représentation consiste dans le consen-

(2) Pilon, *op. cit.*, p. 132. Et l'auteur ajoute : « Puisque la représentation a pour résultat de faire naître les effets d'un contrat dans le patrimoine d'une personne qui n'a pas pris directement part à sa conclusion, il faut au moins que cette personne en ait manifesté l'intention. » Cette thèse, qui assimile le pouvoir d'agir au consentement donné par le représenté, est contredite par toute la représentation légale.

tement du représenté ou dans celui que donnerait la loi en son nom : la norme positive aurait-elle pour fonction d'altérer la réalité ?

Nous définirons le pouvoir « l'aptitude d'une personne à agir pour autrui », en le distinguant de la capacité. Celle-ci apparaît sous deux formes : la capacité de jouissance, qui est « l'aptitude à jouer par soi-même ou par représentant le rôle du sujet de droit », et la capacité d'exercice, qui est « l'aptitude à faire valoir par soi-même les droits dont on est titulaire ou à subir les conséquences des obligations dont on est le sujet passif » (3). D'une manière générale, la capacité vise uniquement les éléments propres à la personnalité humaine : droits et obligations qui gravitent autour d'un même sujet de droit. Elle invoque les qualités qui caractérisent l'individu, l'activité dont il est le centre. La notion de pouvoir, au contraire, a trait à l'activité juridique d'une personne à l'égard d'un autre sujet de droit; elle sert à désigner l'intervention pour autrui dans la sphère juridique, intervention caractérisée par la production directe d'effets de droit entre un cocontractant et une personne étrangère à l'acte (4). Tandis que par le concept de capacité on traduit l'action qu'un sujet de droit est susceptible d'exercer personnellement ou par un intermédiaire et les obligations qu'entraîne la possession de cette faculté, le pouvoir vise essentiellement l'aptitude à agir pour autrui.

(3) Bonnecase, *Supplément à Baudry*, t. IV, p. 593.

(4) Capacité et pouvoir sont deux notions distinctes puisque la loi a permis à des incapables d'agir pour autrui (art. 1990 C. civ.), alors qu'en principe elle ne leur a pas donné la faculté d'agir pour eux-mêmes. Ce point de vue est consacré par l'article 31 du projet franco-italien de Code des obligations : « Il n'est pas nécessaire que le représentant ait la capacité de s'obliger. »

B. — *Par qui peut être donné le pouvoir de représenter?*

Dans tous les cas de représentation légale, le représentant tient son pouvoir de la loi, et le législateur fixe lui-même l'étendue de cette faculté en prenant en considération les besoins sociaux qu'il veut satisfaire. C'est ainsi que la loi donne au tuteur et au père, administrateur légal, la qualité de représentants, en vue de la sauvegarde des intérêts du mineur; qu'elle confère au mari la faculté de représenter la femme, en vertu d'une certaine conception de la famille; qu'elle met un administrateur à la tête du patrimoine de l'aliéné parce qu'elle juge que celui-ci est dans l'impossibilité d'agir sur la scène juridique, tout comme le notaire reçoit le pouvoir de représenter l'absent pour éviter qu'une foule d'intérêts ne restent en souffrance. C'est encore le législateur qui donne aux représentants des porteurs de parts de fondateurs la faculté d'engager la masse tout entière, y compris les dissidents : la majorité qui se dégage à l'assemblée générale désigne les personnes qui recevront la qualité de représentants ⁽⁵⁾, mais c'est ensuite la règle de droit mise en mouvement qui donne le pouvoir d'obliger la masse. Les tribunaux se bornent à nommer le syndic de faillite, qui puise dans les dispositions légales la faculté d'accomplir des opérations opposables au failli et à la masse formée par ses créanciers ⁽⁶⁾. A l'origine du rapport de représentation engendré par l'action du capitaine de navire, il y a bien la volonté de l'ar-

(5) « Les assemblées sont encore chargées d'une mission importante : la désignation du représentant de la masse. » (Projet de loi du 14 nov. 1930, relatif à la protection des obligataires.)

(6) Nous nous séparons de la doctrine qui range cette situation dans les cadres de la représentation judiciaire : Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, p. 261.

mateur, mais il importe de remarquer que le législateur a fixé lui-même, à cet égard, l'étendue du phénomène juridique, qui variera suivant que le capitaine est ou non au lieu de la demeure du représenté. Dans toutes ces hypothèses, l'aptitude d'agir pour autrui dont est investi un sujet de droit émane de la loi.

Elle émane parfois du juge : les actes passés par l'administrateur seront alors opposables à la personne dont les biens ont été gérés parce que les tribunaux, se fondant sur une norme, ont attribué au représentant l'aptitude d'agir pour le représenté.

Si l'on envisage la représentation conventionnelle, on constate que le représenté donne lui-même au représentant le pouvoir de le lier directement vis-à-vis d'un tiers : ce pouvoir est connu sous le terme technique de *procuration*. Les rédacteurs du Code civil se sont donc livrés à une analyse insuffisante des notions utilisées, puisque l'article 1984 se propose de définir le « mandat ou procuration » ; les deux concepts doivent être nettement distingués parce que les éléments qu'ils recouvrent présentent des caractères irréductibles. Le mandat englobe l'ensemble du phénomène de la représentation : quand l'article 1984 exige l'acceptation du mandataire, il vise l'opération juridique tout entière, il signifie que les règles relatives à la représentation conventionnelle ne seront mises en mouvement que si le mandataire accepte d'intervenir pour le mandant et de se soumettre aux obligations qui en résulteront conformément aux articles 1991 et suivants. La procuration désigne le pouvoir qui est donné par le représenté pour qu'une autre personne puisse faire naître sur sa tête un rapport de droit : elle n'est que l'un des éléments de la représentation conventionnelle et elle

se suffit à elle-même ⁽⁷⁾, elle n'a pas besoin, pour être parfaite, de l'acceptation de l'autre sujet de droit. Elle traduit l'aptitude d'agir pour autrui et découle directement du représenté ⁽⁸⁾.

C. — *Le représentant peut-il acquérir le pouvoir de représenter à la fois les deux autres personnes qui interviennent dans le rapport de représentation?*

Au point de vue de la technique juridique actuelle, c'est une situation bien curieuse qu'a consacrée la Chambre des requêtes le 26 novembre 1928 ⁽⁹⁾ en proclamant que le courtier d'assurances maritimes pouvait être considéré comme « ayant représenté à la fois l'assureur et l'assuré dans la négociation de l'assurance litigieuse ». La Cour suprême prend soin de faire remarquer que l'article 79 C. comm. ne précisant pas les devoirs du courtier, la jurisprudence peut étendre la notion de représentation en cette matière et décider, en élargissant l'étendue de ce concept, que le représentant est susceptible de se substituer aux deux personnes qui sont liées par le contrat d'assurance : l'assureur et l'assuré. La Chambre des requêtes a-t-elle fait, en l'espèce, une application exacte de la notion de représentation?

(7) Le Code civil allemand a mis en relief les caractères propres à la procuration : elle « se confère par déclaration soit envers celui qui doit être fondé de pouvoir, soit envers le tiers à l'égard duquel la représentation doit avoir lieu » (art. 167).

(8) Le pouvoir conféré au représentant ne sera valable que si, au moment de la collation, le représenté avait lui-même la capacité d'accomplir l'acte qu'il charge le représentant d'effectuer (V. projet franco-italien de Code des obligations, art. 31 : « ... et que l'acte qu'il accomplit ne soit pas interdit au représenté »).

(9) Req., 26 nov. 1928, S., 29. 1. 94.

Nous ne le pensons pas. Extraite des textes épars de notre droit privé, la représentation juridique consiste toujours dans la substitution d'une personne à une autre, en vue de la formation d'un rapport de droit entre cette dernière et un tiers. Le représentant ne représente qu'un seul sujet de droit : le représenté, et non le tiers. Toutes les dispositions positives, sans exception, se rattachent à cette idée fondamentale, qui est l'une des bases de l'institution.

Or, la décision de la Chambre des requêtes, à laquelle nous nous sommes arrêté, ne respecte pas les données des règles qui posent la représentation en droit privé moderne : si l'on permet au représentant de se substituer à la fois aux deux personnes désignées sous le nom de représenté et de tiers, on crée une catégorie juridique nouvelle qui n'est pas la représentation. Libre au législateur de l'établir ou de décider même que le concept de représentation englobera cette situation particulière : en ce dernier cas, la théorie de la représentation devra être construite sur des bases nouvelles. Mais, en l'état actuel des textes, il est impossible de faire entrer de tels éléments dans les cadres qui reproduisent les normes relatives à la représentation juridique.

Comment expliquer par la technique qui s'est imposée à nous la nouvelle conception jurisprudentielle ? Si, dans la négociation du contrat d'assurance, le courtier représente à la fois l'assureur et l'assuré, il faut dire que le rapport de représentation se forme par l'intervention de trois personnes : le représentant et deux sujets de droit représentés. Celui que l'on désigne sous le nom de « tiers » n'a plus droit à cette appellation, il devient lui-même l'un des « représentés » ; c'est donc la physionomie tout entière

de la représentation qui change. Et, en l'état actuel de notre droit, nous ne croyons pas qu'une explication technique serait alors des plus faciles, car l'on devrait déclarer que le tiers est, en réalité, l'un des représentés, mais que l'appellation de tiers lui est maintenue pour le distinguer du mandataire, qui est l'autre représenté. On voit à quelles complications on aboutit.

La Cour suprême n'a donc pu utiliser, en l'espèce, le concept de représentation juridique qu'en le désagrégeant; elle l'accepte de confiance, mais c'est pour le briser dans son essence même. Elle part du sens vague d'agissement pour le compte d'autrui sans se douter qu'une telle idée est par trop souple pour servir de base à une définition commandée par l'analyse scientifique.

Et comme cette conception nouvelle n'est établie sur aucun texte, nous ne suivrons pas la jurisprudence dans ses conclusions. Le concept de représentation juridique doit, certes, offrir assez de souplesse pour se plier aux besoins sociaux, mais qu'on ne le détruise pas en croyant consacrer sa vitalité : c'est pour lui permettre de vivre que nous n'acceptons pas le point de vue d'après lequel le représentant aurait parfois le pouvoir de représenter les deux autres sujets de droit qui interviennent dans le rapport de représentation.

D. — *Dans quelle forme le pouvoir de représenter doit-il être donné et porté à la connaissance de ceux à qui il s'adresse ?*

La multiplicité des aspects sous lesquels se produit la représentation juridique révèle que le pouvoir d'agir sera donné sous des formes variées. Le notaire qui représente

l'absent l'obtiendra par le fait même de la décision qui le nomme; le tuteur en est investi du moment qu'il acquiert cette qualité, sans qu'un acte particulier intervienne; en tant qu'administrateur légal, le père possède le pouvoir de passer des actes au nom de son enfant mineur. Le procès-verbal dûment rédigé à l'assemblée générale des porteurs de parts de fondateurs montrera qu'une ou plusieurs personnes ont reçu la mission de représenter la masse. Les statuts d'une société constituent la forme en laquelle la qualité de représentants est attribuée aux administrateurs. C'est dans une convention conclue entre l'armateur et le capitaine de navire que se matérialisera la faculté pour ce dernier d'engager autrui, étant bien entendu que ladite convention ne fixe pas seule l'activité du capitaine comme représentant. La décision d'un tribunal de commerce nommant un syndic de faillite indique que cette personne a été investie du pouvoir de représenter la masse des créanciers et le failli.

Dans la représentation conventionnelle, le pouvoir de représenter est concrétisé par une procuration, dont nous avons défini la nature; en principe, il suffit qu'elle soit conférée par un acte sous seing privé, la forme authentique n'est exigée que dans les cas où la représentation s'applique à des actes pour lesquels la loi prescrit cette forme dans l'intérêt des parties (10).

Comment ce pouvoir de représentation sera-t-il porté à la connaissance des tiers? Il est des cas où le tiers connaît, par la qualité même du représentant, les limites dans lesquelles ce dernier est susceptible d'agir; en traitant avec

(10) Sinon, une procuration authentique est inutile (Cass., 5 août 1891, S., 92. 1. 37, note Garsonnet, D., 92. 1. 217; Civ., 20 juill. 1892, S., 92. 1. 413).

une personne qui remplit les fonctions de tuteur ou avec le père, administrateur légal, on connaît l'étendue des engagements qu'il peut prendre. En sachant qu'il passe un acte avec un syndic de faillite qui s'acquitte de sa tâche, le tiers aperçoit la sphère d'activité du représentant, sauf à préciser s'il s'agit d'un syndic de l'union. La publication régulière des statuts d'une société a pour but d'atteindre ceux qui traiteront éventuellement avec les administrateurs. Parfois la nomination du représentant doit être notifiée au tiers : il en est ainsi pour ceux qui sont désignés par l'assemblée générale des porteurs de parts de fondateurs; l'article 11 de la loi du 23 janvier 1929 porte que la nomination doit être portée à la connaissance de la société débitrice. Mesure obligatoire, les élus n'étant considérés comme représentants de la masse par la société qu'à partir de la notification.

S'il sait qu'il traite avec un mandataire, le tiers peut exiger que la procuration lui soit produite ⁽¹⁾ : en effet, c'est surtout à lui que s'adresse le pouvoir de représentation. Puisqu'il a l'intention de s'engager envers une personne qui ne figure point à l'acte, il est naturel qu'il soit à même de présumer les vues de celui à qui il va être lié.

E. — La collation du pouvoir détermine-t-elle rigoureusement l'étendue de l'obligation du représenté?

En principe, le représentant engage le représenté dans la limite des pouvoirs dont il est investi, le lien de droit

(1) Projet franco-italien de Code des obligations, art. 32 : « Le tiers a le droit d'exiger que le représentant avec lequel il contracte justifie de ses pouvoirs et, si ceux-ci résultent d'un acte écrit, qu'il en remette une copie signée par lui. »

s'établit directement entre le tiers et le représenté. Qu'advient-il lorsque le représentant dépasse ses pouvoirs? Les opérations juridiques accomplies par lui sont inopposables au représenté, telle est la règle générale (12). Appliquant ce principe au fonctionnement de la société en commandite simple, la Cour de cassation décide que « les actes du gérant qui sont contraires au but ou à l'objet de la société et excèdent ainsi les limites de ses pouvoirs n'obligent pas la société alors que les statuts ont été régulièrement publiés » (13). En l'espèce, la Chambre civile s'en tenait exclusivement au pouvoir de représenter que le tiers avait pu connaître; les statuts ayant fixé les limites dans lesquelles le représentant avait la faculté d'engager la société, la mise en jeu de la représentation était des plus précises. Il en serait de même si un tiers, sachant qu'il traite avec un tuteur, passait avec lui un acte dérogeant aux règles de la tutelle sur l'étendue de la représentation légale.

Cette règle est, du reste, formulée expressément par le législateur en matière de représentation conventionnelle. Le principe est établi par l'article 1998, al. 1 : il s'applique quand le tiers a connu effectivement l'étendue du pouvoir de représentation ou qu'il a, à tort, négligé d'en prendre connaissance.

Si tel est le principe, il semble que la révocation ou la

(12) Le mandataire est alors un tiers au regard de ses mandants. (Req., 20 janv. 1880, D. P., 80. 1. 252; 30 juill. 1895, D., 96. 1. 132; Civ., 4 déc. 1899, D., 1900. 1. 14; Lyon, 28 juill. 1908, D., 1909. 2. 173; Req., 2 févr. 1910, D., 1910. 1. 72).

(13) Civ., 17 mars 1923, *Journ. des soc.*, 1927, p. 96. L'opération litigieuse consistait dans la cession d'exploitation de la mine exploitée par la société. S'agissant d'une opération devant « ruiner immédiatement le fonds social », la Cour suprême a jugé qu'il appartenait au tiers de conclure que l'acte était passé en violation des statuts régulièrement publiés.

restriction du pouvoir donné au représentant réglera d'une manière stricte la mise en mouvement de la représentation juridique. Mais la loi doit ici tenir compte d'un autre élément : la situation des tiers. Aussi ne suffit-il pas que le représenté enlève ou réduise le pouvoir qu'il a donné au représentant pour qu'aussitôt les tiers ayant traité avec le représentant ne puissent plus atteindre le représenté.

L'article 2005 C. civ. stipule que « la révocation notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire », et l'article 2009 précise que, dans le cas où le mandat a pris fin pour l'une des causes qui le font cesser, « les engagements du mandataire sont exécutés à l'égard des tiers qui sont de bonne foi ».

Dans ces hypothèses, l'obligation du représenté n'est donc plus déterminée par le pouvoir conféré au représentant, elle naît de par la loi, afin que les intérêts des tiers soient sauvegardés ⁽¹⁴⁾. Pour se soustraire au rapport de représentation, il appartient à l'intéressé de porter à la connaissance des tiers la cessation des pouvoirs du représentant; il observera les prescriptions légales, s'il en existe, ou, à défaut, usera des moyens qu'il jugera les plus appropriés ⁽¹⁵⁾.

La représentation juridique se produira en dehors des limites fixées par la procuration si le représenté ratifie expressément ou tacitement les opérations conclues par le représentant conventionnel (art. 1998, al. 2); la ratifica-

(14) De même, la représentation se réalisera si le mandataire ignore que ses pouvoirs ont pris fin (art. 2008 C. civ.).

(15) Un commerçant peut par une circulaire avertir sa clientèle de la révocation du mandat donné à son représentant de commerce (Paris, 28 janv. 1911, S., 11. 2. 309).

tion tacite est soumise à l'appréciation souveraine des juges ⁽¹⁶⁾.

SECTION II

LA QUALITÉ DE REPRÉSENTANT DOIT ÊTRE CONNUE DU TIERS

Au nombre des conditions requises pour qu'apparaisse le phénomène de la représentation, la doctrine classique pose le principe d'après lequel le représentant et le tiers doivent avoir la *contemplatio domini*, c'est-à-dire l'intention commune de faire jaillir les effets de l'acte sur la tête du représenté.

Nous croyons serrer de plus près la réalité en posant la formule qui constitue l'intitulé de cette section : la qualité de représentant doit être connue du tiers. Le caractère essentiel de l'institution réside dans la faculté attribuée à une personne de conclure des opérations juridiques avec un tiers qui accepte d'être directement lié avec le représenté; pour accepter, le tiers doit connaître la qualité de représentant du sujet de droit avec lequel il traite.

Pour que cette qualité soit réputée connue du tiers, est-il nécessaire que le représentant déclare, lors de la conclusion de l'acte, qu'il agit « au nom » d'une autre personne? L'affirmative a d'abord été soutenue par les auteurs, qui se sont attachés à la lettre même de l'article 1984 C. civ., aux termes duquel le mandataire reçoit « le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom ». La représentation n'apparaîtra, d'après Aubry et Rau, que si le représentant a agi « dans la limite de ses pouvoirs et au nom du mandant » ⁽¹⁷⁾.

Cette conception trop rigide n'a pas été consacrée par

(16) Req., 6 févr. 1893, S., 96. 1. 114; Req., 23 mars 1897, S., 97. 1. 439, D., 97. 1. 152.

(17) Aubry et Rau, t. VI, p. 180.

la pratique : la jurisprudence est unanime à admettre que l'agissement au nom d'autrui, qui, normalement, se révèle par une déclaration du représentant, peut aussi résulter des circonstances, alors que le nom du représenté n'a pas été prononcé au moment de la passation de l'acte.

Il n'est pas nécessaire que le représentant révèle au tiers son intention de représenter autrui; il faut, mais il suffit, que le tiers sache qu'il traite avec un sujet de droit qui a la qualité de représentant et qu'il accepte lui-même d'être lié avec une personne autre que son cocontractant.

La preuve de cette acceptation du tiers peut résulter des circonstances de fait qui accompagnent la conclusion de l'acte ⁽¹⁸⁾; c'est ainsi que la jurisprudence a décidé que « le capitaine de navire, lorsqu'il a contracté, dans les termes de l'article 216 du Code de commerce, des engagements pour ce qui est relatif au navire, agit en qualité de mandataire de l'armateur » ⁽¹⁹⁾. Il n'a pas besoin, en ce cas, de préciser à son cocontractant qu'il passe l'opération à la place d'une autre personne. Par le fait seul qu'il se trouve en présence du capitaine de navire, le tiers sait qu'il s'engage envers l'armateur, qui est le représenté; s'il accepte la conclusion de l'acte avec le représentant légal, c'est qu'il consent à subir les effets de la représentation juridique. Il peut donc arriver que « des actes d'un mandataire aient lieu sans que le nom du mandant y soit mêlé...; que cela se présente notamment lorsqu'il est constant que l'acte du mandataire s'est notoirement accompli pour le mandant et dans son intérêt » ⁽²⁰⁾.

(18) Troplong, *Du mandat*, n° 340; Pilon, *op. cit.*, n° 62, p. 84; Corbesco, *op. cit.*, p. 91.

(19) Aix, 12 mars 1917, *Rev. int. dr. marit.*, XXXI, 64.

(20) Alger, 7 juin 1899, D. P., 1901. 2. 181. L'arrêt ajoute que « c'est

Il n'existe, selon nous, qu'une seule exception à la condition d'après laquelle la qualité de représentant doit être connue du tiers : la représentation juridique se réalise, même si le tiers n'a pas su qu'il traitait avec un représentant, lorsque celui-ci a été dans l'impossibilité de faire connaître sa qualité. Ainsi il a été soutenu que le contrat de transport intervenant entre la Compagnie de chemins de fer et le voyageur qui enregistre ses bagages est personnel et qu'il ne peut engager la Compagnie envers une personne autre que celle qui fait procéder à l'enregistrement. Si cette personne est un représentant de commerce, la maison qui l'emploie subira-t-elle les conséquences de l'acte en vertu du phénomène de la représentation juridique ? Une réponse négative s'impose, a-t-on dit, parce que la qualité du mandataire a été ignorée du tiers; l'article 1165 C. civ. ne saurait être éludé. Mais la jurisprudence a repoussé cette solution ⁽²¹⁾ en faisant remarquer que si le voyageur de commerce ne révèle pas sa qualité au moment de l'enregistrement des bagages, la Compagnie des chemins de fer n'a qu'à s'en prendre à elle-même: le mode d'enregistrement n'ayant pas permis au représentant de faire mentionner sur le contrat de transport sa qualité de mandataire et le nom du véritable propriétaire du colis, le représenté n'a pas à subir les conséquences de la réticence forcée du représentant.

aux tribunaux qu'il appartient d'apprécier souverainement les faits et la notoriété... » Signalons que le 9 octobre 1896 (S., 97. 2. 149), le Tribunal de commerce de la Seine avait jugé que, de par l'enregistrement des bagages, la Compagnie des chemins de fer se trouvait directement liée avec la maison employant un représentant de commerce parce que « la forme et la nature des colis, ainsi que la carte de circulation présentée par X., ne pouvaient laisser aucun doute sur sa qualité de voyageur de commerce ».

(21) Req., 26 oct. 1896, S., 97. 1. 237.

Mais, en règle générale, et c'est sur elle que portera notre attention, il faut que la qualité de représentant soit connue du tiers. Pour cela, il n'est point nécessaire que l'on déclare agir « au nom » du représenté; cette remarque est traduite dans la formule classique : l'agissement au nom du représenté est de la nature de la représentation, mais il n'est pas de son essence. Partant de cette assertion, on a vu des applications de la représentation juridique dans l'assurance pour compte de qui il appartiendra et dans la vente avec déclaration de command (22); examinons le bien-fondé de cette thèse en nous demandant ensuite quels sont, au même point de vue, les rapports de la représentation et de la gestion d'affaires.

A. — *Y a-t-il représentation dans l'assurance pour compte de qui il appartiendra?*

L'assurance pour compte de qui il appartiendra a pour objet d'appliquer le bénéfice de l'assurance à toute personne qui, au jour du sinistre, pourra prétendre à un intérêt assurable sur les valeurs offertes en risque. Le souscripteur passe le contrat sans indiquer le nom de l'assuré; en cas de sinistre, l'assurance pourra jouer soit au profit du souscripteur, soit au profit de tous autres intéressés.

Ainsi, au point de vue de la technique juridique, le mécanisme de l'opération peut se traduire de la manière suivante : une personne, le souscripteur, conclut un contrat avec une compagnie d'assurances. Cette opération a pour but de faire naître les engagements pris par la

(22) Pilon, *op. cit.*, n° 68, p. 90.

compagnie sur la tête de l'assuré, lequel sera déterminé en temps utile, au plus tard le jour du sinistre. S'agit-il d'une application normale de la représentation, ou bien se trouve-t-on en face d'une catégorie juridique toute différente ?

Nous ne saurions, quant à nous, suivre la doctrine qui utilise en l'espèce les principes de la représentation ⁽²³⁾; l'observation des faits confirme plutôt la thèse des auteurs qui font appel à l'idée de stipulation pour autrui ⁽²⁴⁾.

Si l'on veut ramener l'assurance pour compte de qui il appartiendra aux règles de la représentation, il faut dire que le souscripteur est le représentant, que la compagnie d'assurances joue le rôle du tiers, l'assuré étant le représenté. Or, il est impossible d'affirmer que le tiers — la compagnie d'assurances — connaît la qualité de représentant dont serait revêtu le souscripteur, car celui-ci ne sait pas lui-même, au moment où il contracte, si l'obligation de son cocontractant se réalisera sur sa propre tête ou sur celle d'une autre personne qui serait le représenté. Le bénéficiaire est indéterminé : ce peut être le souscripteur ⁽²⁵⁾, et les effets ordinaires des contrats s'appliquent seuls; ce peut être l'acheteur des objets assurés, qui sera le propriétaire des marchandises au jour du sinistre. Dans la représentation, au contraire, celui qui agit pour autrui est dans une situation telle qu'il peut dire au tiers : j'agis en qualité de représentant. Il ne songe pas un seul instant à l'éventualité de la réalisation de l'acte dans son propre patrimoine.

(23) Pilon, *op. cit.*, p. 117 à 124; Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, p. 252.

(24) Ripert, *Droit maritime*, t. III, 3^e éd., n° 2398, p. 421; Crémieu, *L'assurance « pour compte de qui il appartiendra » en droit maritime* (*Rev. int. dr. marit.*, XXVIII, p. 434 et s.); Bonnecase, *Traité*, n° 623.

(25) Paris, 10 juin 1925, D. P., 1926. 2. 133; *Gaz. Pal.*, 1925. 2. 306.

L'assurance pour compte de qui il appartiendra ne serait-elle pas alors un exemple de représentation conditionnelle, la condition apparaissant sous la forme de l'achat des marchandises assurées par une personne qui devient le représenté ? Cette solution ne doit pas être admise, car, à l'encontre du représentant, le souscripteur entre dans les liens d'obligations qui s'établissent, sa personnalité ne disparaît pas dès que l'opération a été conclue, et c'est là cependant l'un des traits caractéristiques de la représentation. L'arrêt rendu le 27 juin 1910 par la Cour de cassation ⁽²⁶⁾ lève tous les doutes à cet égard : « Attendu, en droit, que par elle-même la délégation des bénéfices d'une assurance n'opère pas transmission au délégataire des obligations du déléguant et qu'ainsi les primes dans les assurances pour le compte de qui il appartiendra, comme dans les assurances pour le compte d'autrui, en général, n'en restent pas moins, sauf conventions contraires, dues par l'assuré contractant seul. » Même lorsque ce n'est plus le souscripteur qui est susceptible de bénéficier de l'assurance, il reste tenu du paiement des primes envers la compagnie; il ne s'agit donc pas d'un exemple de représentation conditionnelle, auquel cas le souscripteur disparaîtrait complètement et serait dégagé de tout lien de droit avec le tiers, en l'espèce la compagnie d'assurances.

Enfin, le souscripteur n'est pas, comme le représentant, investi du pouvoir d'agir pour autrui : mais ne pourrait-on pas dire qu'en acceptant le contrat d'assurances le tiers

(26) Civ., 27 juin 1910, D., 12. 1. 529, note de M. Audouin. *Adde* Civ., 5 mars 1888, D., 88. 1. 363; S., 88. 1. 313 : « ... crée un lien de droit non seulement entre les parties dénommées au contrat, mais encore entre l'assureur et tous les propriétaires, présents ou futurs, de la chose assurée ».

bénéficiaire ratifie l'acte passé par le souscripteur, son représentant conventionnel ? Nous ne le pensons pas. Lorsque la ratification intervient au cas de dépassement des pouvoirs par le mandataire, on modifie l'étendue de la faculté que le mandant a donnée d'engager son patrimoine; le pouvoir de représentation existait, mais on veut l'élargir, reculer ses limites. Dans l'assurance pour compte de qui il appartiendra, ces formules ne s'appliquent point : le tiers bénéficiaire, qui n'est pas connu lors de la conclusion du contrat d'assurance, ne peut pas modifier en l'élargissant un pouvoir qu'il n'a pas donné.

Il est donc préférable de rattacher à la stipulation pour autrui le mécanisme de l'assurance pour compte de qui il appartiendra; c'est du reste la voie suivie par la jurisprudence, qui décide que le tiers bénéficiaire acquiert un droit propre et direct contre l'assureur ⁽²⁷⁾, lui permettant de réclamer le versement de l'indemnité d'assurance en son nom personnel. Ainsi un contrat est conclu en faveur d'autrui par une personne dépourvue de pouvoir; la convention fait naître des obligations réciproques à la charge des deux parties contractantes, et le tiers, qui accepte de bénéficier de l'opération, devient titulaire d'un droit propre et direct. Ce sont bien les caractères de la stipulation pour autrui.

B. — *Il y a représentation dans la vente avec déclaration de command.*

L'on est ici en présence d'un contrat de vente dans lequel l'acheteur se réserve la faculté de mettre en son

(27) Cass., 5 mars 1888, D., 88. 1. 363, S., 88. 1. 313; 27 juin 1899, D., 1900. 1. 163, S., 1903. 1. 302; Paris, 10 juin 1923, D., 26. 2. 133; Paris, 14 mai 1926, D., 26. 2. 131; Trib. comm. Le Havre, 14 mars 1927. *Gaz. Pal.*, 27. 2. 171.

lieu et place une autre personne, généralement non désignée, qui prendra l'opération pour son compte ⁽²⁸⁾. On appelle command le sujet de droit qui se substituera éventuellement à l'acheteur, celui-ci étant le commandé.

Les controverses qui se sont élevées sur la nature juridique de la vente avec déclaration de command ont eu leur écho dans la pratique, et nous ne pouvons mieux faire, pour poser le problème, que de reproduire un jugement du Tribunal civil de Toulouse en date du 3 février 1894 ⁽²⁹⁾ :

« ... que cette solution à donner à cette double demande dépend de la nature juridique du contrat de command et que l'examen préalable de cette première question s'impose au tribunal; que la déclaration de command a pour objet de faire réputer acquise du vendeur originaire la propriété que le command tient en réalité du commandé; que pour que cet effet soit produit, il n'est pas besoin de rattacher la déclaration de command soit au contrat de mandat soit à la stipulation pour autrui; qu'elle s'en sépare au contraire par des caractères essentiels n'impliquant point, comme le mandat, qu'on a nécessairement agi au nom et pour le compte d'autrui, ni qu'en acquérant on a stipulé à la fois pour autrui et pour soi-même comme l'exige l'article 1121 C. civ.; qu'il est donc préférable de voir dans la déclaration de command un contrat *sui generis*, dont le fond est bien réellement une transmission de propriété du commandé au command, mais en même temps susceptible de produire, par l'efficacité même de la loi qui l'a organisée, les effets dérogatoires au droit commun ci-dessus mentionnés. »

(28) Colin et Capitant, t. II, 3^e éd., p. 429; Josserand, t. II, n^o 1060.

(29) D. P., 95. 2. 1, note Glasson.

Le lecteur aperçoit les trois conceptions émises sur la nature juridique de cette opération; il nous faut donc justifier l'assertion dans laquelle nous avons avancé qu'il y avait représentation ⁽³⁰⁾.

La vente avec déclaration de command se caractérise en ce que l'acheteur peut se substituer une autre personne sur la tête de laquelle se réaliseront tous les effets de droit; lorsque le command se sera fait connaître, le commandé disparaîtra complètement, les liens d'obligation n'atteindront que le vendeur et le command. La personnalité du commandé s'efface dès lors à tel point que le fisc perçoit un seul droit de mutation; il n'y a pas double vente. Cela veut dire que l'opération ne s'accomplit pas en deux temps, les conséquences de l'acte jaillissant d'abord sur le commandé, puis sur le command. Il y a production directe des effets de droit entre le command et le vendeur, comme dans la représentation entre le représenté et le tiers.

Mais si le command ne se déclare pas, c'est l'acheteur en nom ou commandé qui reste acheteur : or, dans aucun cas, le représentant ne devient partie au contrat. Aussi doit-on préciser que la vente avec déclaration de command est un cas de représentation conditionnelle : c'est la déclaration du nom du command qui constitue la réalisation de cette condition.

Qu'on n'objecte pas que la représentation ne peut se produire parce que le nom du représenté n'a pas été révélé au tiers au moment où l'acte a été conclu : il suffit, nous l'avons vu, que le tiers connaisse la qualité de représen-

(30) V. adoptant cette thèse : Pilon, *op. cit.*, p. 90; Champeau, *La stipulation pour autrui*, thèse Paris, 1893, p. 175, note 1; Popesco-Ramniceano, *op. cit.*, p. 248; Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, 1930, p. 77, n° 61.

tant de la personne avec laquelle il agit (31). Cette condition est remplie dans la vente avec déclaration de command (32) : l'acheteur demande au vendeur s'il lui sera possible de se substituer un autre sujet de droit; en acceptant, le vendeur consent à être directement lié envers une autre personne. La représentation entrera en mouvement lorsque le représenté — ou command — sera connu.

C. — *Représentation et gestion d'affaires.*

Nous ne chercherons pas à élucider la nature juridique de la gestion d'affaires : c'est là un point qui serait en dehors de notre travail. Comme dans les opérations précédentes, nous poserons seulement la question de savoir si la notion étudiée s'adapte aux cadres de la représentation juridique.

M. Rouast défend l'affirmative; l'auteur appuie le mécanisme tout entier de la gestion d'affaires sur l'idée de représentation : « Il resterait à préciser, dit-il (33), pourquoi la loi attache les effets propres de la gestion d'affaires à un acte déterminé. Je crois qu'on peut le faire en s'en tenant à la notion de représentation. Le gérant d'affaires est un représentant, c'est-à-dire qu'il s'immisce dans la gestion du patrimoine d'autrui. » M. Rouast remarque que le plus souvent l'intervention du gérant est commandée

(31) La jurisprudence a eu d'ailleurs l'occasion d'affirmer qu'il n'était pas nécessaire que le nom même du représenté fût connu du tiers : «... que la demanderesse en cassation... a consenti à traiter avec ledit notaire sans lui demander de lui faire connaître le nom de son mandant; que la dame X... était manifestement indifférente à la personnalité de son co-contractant. » Civ., 20 juin 1900, D. P., 1900. 1. 431.

(32) Pour que les droits du command soient opposables à l'autre partie, il suffit que cette dernière en ait eu une connaissance suffisante (Douai, 27 févr. 1922, *Rec. Douai*, 1922, 108).

(33) *Rev. trim. dr. civ.*, 1922, p. 49.

par le désir de rendre service; mais voudrait-il en même temps servir ses intérêts propres, le gérant d'affaires « n'en est pas moins un représentant dès l'instant qu'il fait un acte de gestion du patrimoine d'autrui ».

Nous ne ferons pas nôtre la thèse de M. Rouast parce qu'elle est en contradiction avec le concept même de représentation juridique que nous avons dégagé des textes du droit privé. Avant de chercher à fondre la gestion d'affaires dans une autre catégorie juridique connue, il est essentiel de définir la notion qui doit servir de base, il importe d'en connaître le contenu exact et ses caractères propres. Or, ce serait s'arrêter à une formule trop superficielle que de voir dans la représentation l'acte par lequel une personne « s'immisce dans la gestion du patrimoine d'autrui ». Il ne resterait plus alors qu'à rejeter de la science du droit un concept dont on voudrait en vain saisir l'ombre fuyante.

La représentation implique la faculté d'agir pour autrui; le représentant, titulaire de ce pouvoir, conclut avec un tiers un acte dont les effets se produiront immédiatement sur la tête du représenté et nous avons précisé que pour que ce phénomène apparaisse le tiers doit connaître la qualité de représentant inhérente à son cocontractant. C'est à la lumière de ces formules qu'il faut se demander si la gestion d'affaires se moule sur la représentation.

Partons des textes. L'article 1375 décide que « le maître dont l'affaire a été bien administrée doit remplir les engagements que le gérant a contractés en son nom, l'indemniser de tous les engagements personnels qu'il a pris et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites ».

Deux hypothèses doivent être envisagées : Le gérant effectue une opération juridique en indiquant au tiers avec lequel il contracte que l'acte produira ses effets sur la tête d'une autre personne ⁽³⁴⁾ et le tiers accepte. L'intervention du gérant ayant été utile au géré, celui-ci est tenu directement avec le tiers; les liens de droit s'établissent par-dessus la tête de la personne qui s'est immiscée dans les affaires d'autrui et la loi impose alors au géré ⁽³⁵⁾ l'exécution des obligations contractées par un autre sujet de droit avec, comme contre-partie, les profits qui en résultent. Il est possible d'introduire cette opération dans les cadres de la représentation juridique, le gérant étant investi par la loi de la faculté d'agir pour autrui.

Mais la gestion d'affaires est loin de se limiter à la catégorie d'actes dont nous avons décrit l'un des exemples. Elle englobe, en outre, le pouvoir pour le gérant de prendre des engagements personnels envers les tiers; il n'est plus question alors de production directe d'effets de droit dans la personne du maître, le géré n'est plus directement lié avec les tiers. Le gérant de l'affaire d'autrui, qui jouerait alors le rôle de représentant, est personnellement tenu à l'égard du sujet de droit avec lequel il a contracté et cette situation est incompatible avec le phénomène de la représentation. La thèse de M. Rouast, d'après laquelle tout gérant d'affaires serait un représentant, ne pourrait être retenue que si l'on acceptait le concept de représen-

(34) Nous laissons de côté la question de savoir si le gérant a eu l'intention de rendre service à autrui ou s'il a agi dans son intérêt personnel, critérium que pose une partie de la doctrine pour caractériser la gestion d'affaires. Nous nous plaçons au seul point de vue de la technique juridique, nous analysons le mécanisme de l'opération afin de savoir s'il est identique à celui de la représentation.

(35) Colin et Capitant, *Cours de droit civil*, t. II, p. 720.

tation indirecte : le lecteur se rappelle que cette notion a pour but de traduire la fixation successive de l'effet de droit sur la tête du représentant, puis sur la tête du représenté. Ainsi, dans la gestion d'affaires, l'obligation tomberait d'abord dans le patrimoine du gérant, puis dans celui du maître. Le rejet de la représentation indirecte, rejet dont nous avons tenté la justification, nous interdit d'adopter la doctrine de M. Rouast.

Nous acceptons, au contraire, les observations de M. Picard ⁽³⁶⁾ et nous dirons, avec le savant Professeur, qu'un gérant d'affaires peut être un représentant, mais qu'il est loin de l'être dans tous les cas. La seule technique de la représentation ne permet donc pas de résoudre le problème de la nature juridique de la gestion d'affaires; ce n'est pas de ce côté que les juristes doivent diriger leurs efforts.

SECTION III

LE REPRÉSENTANT DOIT GARDER UNE PERSONNALITÉ PROPRE

Titulaire du pouvoir d'agir pour autrui et agissant de telle sorte que le tiers connaît la qualité de celui avec lequel il traite, le représentant doit, en outre, dans son intervention, garder une personnalité distincte.

Par cette formule, nous nous séparons de la doctrine classique, d'après laquelle le représentant « doit déclarer une volonté propre ». Notre attitude est dictée par le fait que cette dernière expression nous apparaît comme l'une des conséquences d'un système général du Droit que nous

(36) Picard, *La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine*, Rev. trim. dr. civ., p. 27 et 28.

avons cru devoir repousser parce qu'il n'envisage dans l'être humain qu'une seule des facultés : la volonté. En appliquant cette idée quant au phénomène de la représentation, on ne saisit pas le problème dans toute son ampleur.

C'est ce qu'a montré la jurisprudence à laquelle nous avons emprunté la formule que nous défendons; pourquoi, dès lors, préférer à la consécration vivante des faits le seul produit de la logique qui a pour point de départ des observations insuffisantes?

Nous adoptons sans aucune réserve le principe posé par la Chambre des requêtes le 20 février 1922 ⁽³⁷⁾, principe d'après lequel, « lorsqu'il engage le mandant, le mandataire ne cesse pas de conserver sa personnalité ». Nous remplacerons seulement, dans la théorie générale, le terme mandataire par celui de représentant, le mandat n'étant qu'une des formes de la représentation.

Acceptant les conclusions déduites par la Cour suprême dans l'arrêt précité, nous dirons qu'il n'y a pas représentation si la personne qui intervient pour un autre sujet de droit se présente comme étant un véritable *alter ego* de ce dernier, si elle n'indique pas qu'elle agit en qualité de mandataire, mais qu'elle affirme passer l'acte comme si elle était le commettant lui-même. Le représentant disparaît dès qu'il a conclu avec le tiers l'acte destiné à rejaillir directement sur la tête du représenté; mais, au cours de l'intervention, il doit manifester une personnalité propre, l'opération juridique doit être son œuvre. On a coutume d'avancer que la personnalité du représentant s'efface aussitôt que l'accord s'est réalisé avec le tiers,

(37) D., 22. 1. 201.

pour que des liens d'obligation s'établissent avec le représenté; pour s'effacer, il faut qu'elle s'affirme au préalable.

Et les tribunaux appliquent plus souvent qu'on ne l'imagine le principe que nous défendons : c'est dans le domaine du Droit maritime que nous en voyons d'abord la justification, et plus particulièrement dans les décisions jurisprudentielles qui ont fixé les caractères du commis-succursaliste.

Cet agent terrestre de la navigation maritime est « un préposé de l'armateur, exclusivement attaché à l'entreprise de navigation de ce dernier et placé par lui à la tête d'une agence maritime, c'est-à-dire d'une succursale de l'entreprise, avec mission de résoudre sur place toutes les difficultés ressortissant à cette succursale » (38).

Est-il un représentant de l'armateur? Il semble, au premier abord, que ce soit bien un représentant conventionnel, puisqu'il reçoit du représenté le pouvoir de passer des actes qui lui seront opposables et que le tiers, traitant avec lui, sait qu'il s'engage, en réalité, avec l'armateur auquel le commis-succursaliste s'est substitué.

La jurisprudence a repoussé ce point de vue, quand, avec l'arrêt Salvy, rendu le 31 janvier 1852 (39), la Cour de cassation a fixé du premier coup la condition juridique de cet agent. La Chambre criminelle précise d'abord que « le droit exclusif accordé aux courtiers conducteurs de navires de faire des déclarations aux bureaux des douanes et des autres administrations reçoit exception quand les maîtres et marchands veulent agir par eux-mêmes ». Que décider au cas où, ceux-ci n'ayant pas agi directement, les opé-

(38) Bonnecase, *Traité de droit commercial maritime*, n° 371, p. 391.

(39) Cass., 31 janv. 1852, S., 52. 1. 153.

ractions sont effectuées par la personne placée à la tête d'une succursale avec la mission déjà définie? Cette mesure ne pourrait donc rentrer dans l'exception dont il a été fait état, puisque l'armateur est intervenu par l'intermédiaire d'un sujet de droit qui a le pouvoir d'agir pour son compte? La Cour suprême établit que « cette exception ne peut être étendue à un *mandataire spécial* ni à celui qui s'entremet pour le compte de plusieurs négociants », mais elle ajoute aussitôt qu'il en est autrement du commis-succursaliste qui appartient exclusivement à une maison de commerce parce que, lorsqu'il « agit au nom de la maison de commerce, *c'est la maison elle-même qui agit* ».

En d'autres termes, la Cour de cassation interdit à l'armateur de faire les déclarations aux bureaux des douanes en faisant appel à un représentant conventionnel; mais cette prohibition ne vise pas le commis-succursaliste, parce qu'il n'est pas un représentant ⁽⁴⁰⁾ et l'arrêt se fonde, pour l'établir, sur ce fait qu'il n'a pas de personnalité propre puisque, en réalité, c'est la maison de commerce elle-même qui agit.

Le 25 février 1895 ⁽⁴¹⁾, la Chambre civile confirme la même remarque en faisant observer que le commis-succursaliste ne saurait être assimilé à « un mandataire général ou spécial dont la personnalité ne se confond pas avec celle de la maison, soit que le mandat résulte d'un contrat ayant pour objet unique de le conférer, soit qu'il résulte d'une disposition accessoire d'un autre contrat ».

Ainsi le concept de représentation juridique implique que le représentant, dans ses agissements pour autrui,

(40) *Contra*, Ripert, *Droit maritime*, t. I, 3^e éd., n° 902.

(41) Civ., 25 févr. 1895, D., 95. 1. 393, S., 95. 1. 235; *Rev. int. dr. marit.*, t. X, 722-739. *Adde* Rennes, 26 févr. 1908, S., 12. 2. 123.

conserve une personnalité propre; la notion de commis-succursaliste nous met en présence d'un sujet de droit investi du pouvoir de traiter des affaires pour une autre personne, mais il n'y aura pas représentation même si le tiers connaît ce pouvoir, parce que l'agent n'a pas une personnalité distincte.

La question ne s'est pas seulement présentée pour la conduite des navires; elle a donné à la jurisprudence l'occasion de consacrer le monopole des courtiers d'assurances maritimes pour la rédaction des polices. Se fondant sur une interprétation restrictive de l'Ordonnance de 1681, qui permet aux maîtres et marchands voulant agir par eux-mêmes de ne pas se servir d'interprètes ou de courtiers, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé, le 27 mars 1915 ⁽⁴²⁾, que « cette exception ne peut être étendue à un mandataire spécial ou général, qui conserverait une existence commerciale qui lui serait propre », et elle a conclu qu'il y avait eu immixtion illégale dans les fonctions de courtiers « attendu que les *prévenus* avaient une personnalité propre et ne se confondant pas avec celle des compagnies qu'ils représentaient »; le commis-succursaliste aurait pu, au contraire, réaliser des assurances, car, lorsqu'il « agit au nom de la maison de commerce, c'est la maison elle-même qui agit » ⁽⁴³⁾.

Le représentant doit donc garder une personnalité pro-

(42) S., 18-19. 1. 108.

(43) La Cour de Caen — Cour de renvoi — s'est prononcée dans le même sens que la Cour de cassation; elle a fait valoir qu'« une même décision s'impose lorsqu'il s'agit de contrats et de polices d'assurances maritimes (ou de la conduite des navires et du courtage des affrètements), puisque les mêmes textes ont établi le même monopole pour les diverses classes de courtiers » (Caen, 17 juill. 1915, *Rev. int. dr. marit.*, XXX, p. 480).

pre ⁽⁴⁴⁾ : cette condition, énoncée et appliquée par la jurisprudence, est commandée par la définition que nous avons donnée de la représentation juridique; nous avons vu que le phénomène s'analysait dans la substitution d'une personne à une autre. Encore faut-il que le représentant prenne réellement la place du représenté, qu'il ne soit pas seulement l'ombre de ce dernier; il ne se borne pas à être le « véhicule » de la volonté d'un autre, il remplace sur la scène juridique un sujet de droit dont la personnalité s'impose, il est donc naturel qu'on exige de lui l'affirmation d'une personnalité distincte.

L'analyse de la notion de commis-succursaliste à laquelle se sont livrés les tribunaux a permis de dégager l'un des traits propres à la représentation. Ces observations n'ont pas seulement à nos yeux une valeur limitée à un point particulier du Droit maritime, nous voyons en elles le critérium qui fixe la nature juridique de la représentation commerciale ⁽⁴⁵⁾.

(44) Aussi nous ne pensons pas avec M. Savatier (note au D., 1922. 1. 202, col. 1) que « la représentation doit jouer si une partie traite avec un mandataire inconnu, en croyant faire un contrat direct avec son mandant, choisi pour contre-partie ». Le prétendu mandataire n'a pas, dans ce cas, affirmé une personnalité distincte. Sans doute le tiers sera lié à celui avec qui il croyait passer le contrat, comme il serait lié directement à la maison de commerce qui emploie le commis-succursaliste. Mais la représentation n'entre pas en jeu, seules s'appliquent les règles ordinaires des contrats.

(45) Cette assertion heurte la thèse du *Particularisme en droit maritime*, thèse d'après laquelle « le droit maritime ne ressemble à aucune branche de nos disciplines juridiques » (Ripert, *Droit maritime*, t. I, 3^e éd., n^o 52, p. 71). Nous n'avons pas à rechercher ici jusqu'à quel point cette thèse est bien fondée. Qu'on nous permette toutefois de faire remarquer que la notion de commis-succursaliste s'explique très bien par la technique du droit privé : ne serait-ce pas l'un des signes de la « disparition du particularisme absolu par voie de réception? » (V. Bonnecase, *Le droit commercial maritime. Son particularisme*, 2^e éd., 1931, n^o 121). Nous n'acceptons pas à l'aveugle la thèse de M. Bonnecase; nous nous bornons à constater au passage l'une de ses applications.

Divergentes sont les décisions des tribunaux qui veulent mettre en relief les caractères propres au représentant de commerce. Nous avons vu ⁽⁴⁶⁾ que la jurisprudence la plus récente cherche à découvrir quels sont les liens de dépendance de l'agent vis-à-vis de la maison qui l'emploie : est-il libre de posséder un bureau dont le personnel est rémunéré par lui, a-t-il une clientèle propre ? agit-il au nom de plusieurs maisons de commerce ou place-t-il les produits fabriqués pour le compte d'un seul commerçant ? reçoit-il des ordres de la personne ou de la société au profit de laquelle il consacre son activité ? touche-t-il une somme forfaitaire ou une rémunération proportionnelle à l'importance des affaires apportées par lui à la maison ?

Si l'on veut préciser la nature juridique des fonctions du représentant de commerce, il faut, en s'inspirant de ces questions de fait, ne pas perdre de vue le rôle de cet agent : passer des opérations au nom d'une autre personne, de telle sorte que l'acheteur qui contracte avec le représentant soit directement lié avec le vendeur, non présent à l'acte. C'est pour répondre à ces besoins économiques qu'est apparue et que s'est développée la profession commerciale que nous envisageons ; tel doit être le point de départ. Le représentant de commerce a donc le pouvoir d'engager un tiers envers une autre personne et, en passant l'acte, le tiers sait que des obligations vont naître immédiatement sur la tête d'un sujet de droit autre que son cocontractant et avec lequel il sera lié. Ce sont les caractères de la représentation juridique : doit-on conclure que cet intermédiaire est bien un représentant ?

Une réponse brutale n'est point possible, c'est ici qu'in-

(46) V. *supra*, 1^{re} partie, chap. I, sect. III.

terviennent les éléments de fait pris en considération par la jurisprudence. Pour que l'activité du représentant de commerce pût, dans tous les cas, être ramenée aux cadres de la représentation, il faudrait que l'agent gardât toujours une personnalité juridique distincte de celle de la maison qui l'emploie; or, la pratique montre que le représentant de commerce est parfois l'*alter ego* de son commettant, qu'il ne peut prendre aucune décision propre, que pour être valable l'opération conclue avec le tiers doit être agréée par le vendeur ⁽⁴⁷⁾, qu'agissant pour le compte d'une seule maison, il est sous la dépendance la plus étroite de cette dernière. Les tribunaux déclarent alors que le représentant de commerce n'est pas un mandataire soumis aux dispositions des articles 1984 et suiv. C. comm., mais un employé au sens de l'article 1780 C. civ.; en d'autres termes, *ils repoussent l'idée de représentation conventionnelle parce que le représentant n'a pas une personnalité propre*. Tel est le caractère juridique qui nous paraît dominer les décisions de la jurisprudence ⁽⁴⁸⁾.

A quelle catégorie juridique faut-il donc ramener l'activité du représentant de commerce? Nous proposons de faire appel au concept de représentation en général, d'après les données de l'analyse que nous avons faite. Cet intermédiaire de la vie commerciale est, en principe, un

(47) Trib. comm. Le Havre, 31 mai 1920, *Rec. du Havre*, 20. 1. 201; Trib. comm. Nantes, 5 juill. 1920, *Rec. Nantes*, 20. 1. 374; Trib. comm. Toulouse, 23 mars 1928, *Gaz. Pal.*, 28. 2. 55; Trib. comm. Narbonne, 24 mars 1930, *Gaz. Pal.*, 30. 1. 872.

(48) Nous avons suivi les conseils de M. Gény, qui, à propos de la représentation commerciale, s'exprime ainsi : « Dès lors, on est amené à se demander si, tout en conservant la pensée fondamentale, on ne pourrait lui donner un caractère plus ferme et plus net en substituant aux considérations économiques dont il se contente un caractère strictement juridique rendant plus aisé et plus sûr le diagnostic qui s'impose ici. » (Gény, note au S., 1927. 3. 98).

représentant; mais, dans certains cas, il ne le sera point parce que, dans l'exercice de sa mission, il ne conserve pas, tel le commis-succursaliste, une personnalité juridique distincte ⁽⁴⁹⁾. Au tribunaux incombe le soin d'apprécier les faits et d'en déduire si le représentant a gardé une personnalité propre.

Pouvoir de représentation, connaissance par le tiers de la qualité de représentant, personnalité juridique propre affirmée par celui qui agit pour autrui, telles sont les conditions requises pour que joue le phénomène de la représentation. Et c'est à celui qui veut se prévaloir des résultats qu'incombe la preuve de l'existence des dits éléments ⁽⁵⁰⁾. Nous savons ainsi comment la représentation est mise en mouvement. Essayons d'en résumer les effets.

(49) Notre thèse diffère très sensiblement des multiples solutions proposées jusqu'ici : MM. Lyon-Caen et Renault (*Traité de droit commercial*, t. III, 4^e éd., n° 417) déclarent qu'« en droit le représentant de commerce joue le rôle, soit de commissionnaire, soit de courtier »; M. Thaller (*Traité de droit commercial*, 5^e éd., n° 1118) voit dans ces agents des « courtiers libres »; la représentation commerciale est pour M. Garaud (note au S., 1928. 2. 81) « une sorte d'entreprise, un contrat voisin du courtage... »; des thèses récentes ont essayé d'établir qu'il s'agissait d'« un contrat de mandat, mitigé, dans une mesure variable mais en tout cas très faible, d'un louage de services » (Duterque, *Essai sur la situation juridique des représentants de commerce*, thèse Caen, 1925, p. 63), ou, au contraire, d'« un louage d'ouvrage, souvent, mais non pas nécessairement, mélangé de mandat » (Ondet, *Le représentant de commerce*, thèse Poitiers, 1926, p. 30).

(50) Req., 4 nov. 1919, D., 1921. 1. 154; Civ., 19 juill. 1894, D., 98. 1. 123.

CHAPITRE IV

EFFETS DE LA REPRESENTATION

La représentation juridique, dont nous avons précisé la nature et les conditions d'existence, met en jeu trois personnes : le représenté, qui recueille les effets de droit d'un acte qu'il n'a pas conclu personnellement; le tiers, qui a accepté d'être engagé envers une personne autre que son cocontractant; le représentant, qui passe une opération juridique dont les effets lui seront étrangers parce qu'il a le pouvoir d'agir pour autrui.

SECTION PREMIERE

EFFETS A L'ÉGARD DU REPRÉSENTÉ

C'est sur la tête du représenté que se réalisent les conséquences actives et passives de l'opération conclue par le représentant, et ce phénomène constitue le caractère propre du rapport de représentation.

La production directe des effets de droit dans la personne du représenté, tel était, au fond, l'énoncé du problème que nous avons à résoudre, de sorte que l'intitulé de cette section invoque, en réalité, la question si délicate de la nature juridique de la représentation.

Les liens d'obligation s'établissent directement à l'égard

du représenté, lequel ne peut pas en accepter certains et en rejeter d'autres; l'acte du représentant forme un tout, et, lorsque l'accord conclu avec le tiers a lancé les normes suivant les conditions requises, le rapport de représentation joue sans qu'il soit possible de le scinder. Sous le couvert d'une prétendue représentation imparfaite, le représenté n'a pas le droit de profiter des conséquences avantageuses et d'écarter celles qu'il jugerait trop onéreuses.

Dans des cas très nombreux, nous le savons, le représenté est tenu vis-à-vis du tiers sans qu'il ait donné son consentement et parfois contre sa volonté, qui a été nettement exprimée; pour que les effets de la représentation se produisent à l'égard du représenté, il n'est donc pas nécessaire que ce dernier accepte la mise en mouvement de l'institution. Le rappel de cette observation nous a paru utile à cette place, les auteurs étant encore ici hypnotisés par le concept de représentation conventionnelle.

Le représenté recueillant les effets de l'opération, c'est dans sa personne que seront appréciées la faculté d'acquiescer et celle de disposer de la chose objet de l'acte passé entre le représentant et le tiers. Aussi le mineur et la femme mariée, auxquels la loi n'interdit point d'être représentants conventionnels, ne peuvent donner à un sujet de droit le pouvoir d'effectuer une opération dont l'accomplissement est réservé à leur représentant légal; et c'est la personne du représenté qui sera prise en considération pour savoir si l'affaire a été ou non traitée par un commerçant.

A quel moment le représenté et le tiers seront-ils liés ? Dès l'instant où le représentant a agi, où il a obtenu de son cocontractant l'accord indispensable à la formation du

rapport de représentation. Peu importe que l'on n'ait pas encore observé les formalités à remplir pour que l'acte soit opposable aux tiers ou qu'il acquière date certaine au sens de l'article 1328 C. civ.

Mais dans ces agissements en faveur d'un autre sujet de droit, le représentant peut se rendre coupable de dol à l'égard du tiers contractant ou commettre des fautes à l'occasion de sa gestion du patrimoine d'autrui : le représenté en sera-t-il responsable ? En principe, la réponse doit être affirmative, encore que la responsabilité du représenté varie avec les types de représentation, suivant que celle-ci est imposée par la loi ou qu'existe à l'origine une convention donnant au représentant le pouvoir d'agir.

Il semble difficile d'admettre qu'au cas de représentation légale, le représenté sera responsable des fautes commises par un représentant qu'il n'a pas choisi et que, parfois, il ne peut changer ; une telle solution ne pourrait être soutenue qu'en appliquant dans toute sa rigueur l'idée de risque, qui aurait sans doute pour but de répondre au besoin de sécurité dans les transactions, mais qui rendrait par trop dure la situation faite au représenté. On ne concevrait pas, néanmoins, que celui-ci profite d'un acte illicite accompli dans son intérêt par le représentant : la substitution de la personnalité juridique ne peut couvrir la violation d'une règle de droit. Le représenté tombera donc sous le coup de l'action en nullité intentée contre lui par le tiers et il devra restituer ce qui est entré indûment dans son patrimoine.

Dans la représentation conventionnelle, la responsabilité peut retomber plus lourdement sur la tête du représenté, qui jouit alors d'un pouvoir incontestable de direction et de contrôle sur l'activité du représentant ; l'intermédiaire

est assimilable au préposé, le commettant est responsable de ses fautes.

Dans quelle mesure le représenté sera-t-il tenu des fautes commises par son représentant conventionnel? Nous nous bornerons à envisager deux hypothèses extrêmes : supposons qu'au cas où le mandat comporte représentation, le mandant donne au mandataire le pouvoir d'accomplir en son lieu et place une opération juridique, mais il lui enjoint en même temps de l'effectuer à tout prix, et, dans ce but, il exerce une véritable pression sur l'intermédiaire qui doit agir. Le mandataire est ainsi amené à extirper par dol du tiers contractant l'acte qui produira ses effets sur la tête du mandant ou, pour être certain de mener à bien la tâche qui lui est confiée, il se rend coupable d'un délit ou d'un quasi-délit qui lui permet de réaliser sa mission. Le représenté est, sans aucun doute, responsable des manœuvres du mandataire, car, en principe, le commettant répond des fautes commises par le préposé sur lequel il exerce son autorité.

Voici, au contraire, un représentant de commerce qui a reçu d'une maison le pouvoir de traiter des affaires en son nom : il jouit de la plus grande liberté d'action vis-à-vis de sa clientèle, il possède lui-même, sur une place, un bureau et des employés; en un mot, sa personnalité juridique ne se confond pas avec celle du commerçant pour lequel il passe des marchés, c'est bien un représentant au sens précis donné à ce mot. Au cours de la propagande qu'il fait pour placer les produits de la maison représentée par lui, il se livre de lui-même à une campagne calomnieuse tendant à déprécier les marchandises d'une maison rivale et il parvient ainsi à détourner une partie de la clientèle. Le commerçant qui profite de l'afflux des com-

mandes doit-il être déclaré responsable du préjudice subi par son concurrent? Nous ne le pensons pas. Le représentant est seul tenu à la réparation parce qu'alors le délit n'a rien de commun avec l'exécution, il n'a pas été commis pour les besoins de la fonction.

SECTION II

EFFETS A L'ÉGARD DU TIERS

Dans la définition que nous avons proposée de la représentation juridique, nous avons indiqué que la mise en jeu du rapport de droit était subordonnée au consentement du tiers, lequel acceptait d'être directement engagé envers une personne qui ne figurait point à l'acte; l'accord des volontés étant réalisé, le tiers n'a plus en face de lui que le représenté, à l'égard duquel il fera valoir ses droits ou exécutera ses obligations. En principe, il ne peut plus agir directement contre le représentant : la solution contraire n'aurait à son appui que les prétendus exemples de représentation indirecte, dont on n'a pas à se préoccuper dans l'élaboration d'une théorie générale de la représentation parce qu'ils sont en dehors des cadres de ce concept.

Le principe ne comportera-t-il pas une exception lorsqu'un différend s'élève entre le tiers et le représenté sur l'existence ou sur l'étendue exacte des pouvoirs attribués au représentant? Alors que le tiers s'est fondé sur une procuration écrite donnée au représentant, le représenté refuse d'assumer les obligations prises en son nom, sous prétexte qu'il n'a jamais donné un tel pouvoir : le représentant peut-il être contraint par justice à produire l'écrit qui est à l'origine de la contestation ?

« Non, il ne peut pas, déclare M. Pilon ⁽¹⁾; ce tiers n'a aucun droit sur cette procuration écrite. Le représentant, au moment où il a contracté pour le représenté, n'a pas eu l'intention d'assumer une obligation de cette nature envers le tiers contractant. » Celui-ci aurait dû s'assurer de toutes les preuves nécessaires pour triompher du représenté.

La thèse de M. Pilon nous paraît trop rigoureuse pour le tiers; autant il est naturel de mettre à sa charge la preuve du rapport de représentation lorsqu'il veut s'en prévaloir, autant il serait étrange de lui enlever les moyens mêmes de fournir cette preuve en décidant que le représentant ne pourra pas être atteint. Il ne s'agit pas alors de faire retomber sur la tête du représentant une partie des effets de droit engendrés par l'acte de représentation, ce qui serait indéfendable; le conflit s'est élevé sur l'existence du phénomène juridique, sur les conditions dans lesquelles il a du être mis en mouvement, et c'est un point qui entre au premier chef dans le rôle du représentant. Celui-ci a pour caractère essentiel, nous l'avons vu, d'intervenir en vue de lancer les normes qui créeront le rapport de représentation; si des difficultés s'élèvent, obligeant à préciser comment les règles ont été déclenchées, il est normal que soit mis en cause celui qui a contribué à la formation de l'acte.

SECTION III

EFFETS A L'ÉGARD DU REPRÉSENTANT

§ 1. — Le représentant reste étranger au rapport de droit créé entre le tiers et le représenté.

Sa personnalité s'étant affirmée lors de la conclusion de l'acte, le représentant disparaît aussitôt pour ne laisser en

(1) Pilon, *op. cit.*, p. 134.

présence que le représenté et le tiers. Après s'être substitué à un sujet de droit sur la scène juridique, il s'efface entièrement, son patrimoine est absolument étranger au rapport de droit qui a été créé. Les normes qui ont organisé le phénomène de la représentation consacrent dans tous les domaines ce point de vue.

Demeurant en dehors des effets engendrés par l'acte, le représentant n'acquiert pas de droit : il ne lui serait pas possible d'opposer au tiers la créance résultant de l'opération qu'il vient de conclure en compensation d'une dette dont il serait personnellement tenu envers ce tiers, puisque les obligations ne jaillissent pas dans son patrimoine.

Mais le représentant n'aura-t-il point la faculté de poursuivre l'exécution de l'acte contre un débiteur défaillant ? Au cas de représentation conventionnelle, nous ne le pensons pas. Ce qu'a voulu le représenté, c'est conclure une opération juridique en se faisant remplacer par une autre personne ; il a visé uniquement la formation du rapport de droit pour lequel il n'a pu s'entendre lui-même avec le tiers. L'accord conclu, la mission du représentant est terminée.

La situation n'est plus la même avec les représentants légaux chargés de l'administration du patrimoine d'une personne, qu'il s'agisse de la personne physique ou de la personne morale. Ce serait placer l'incapable dans une situation bien précaire et bien désavantageuse que de défendre au représentant légal de poursuivre le tiers qui refuse de tenir les engagements qu'il a contractés ; et si, par exemple, les représentants de la masse des porteurs de parts de fondateurs ne pouvaient veiller à l'exécution des obligations acceptées par la société débitrice, on ne voit pas quelle serait leur utilité puisque l'article 13 de la loi

du 23 janvier 1929 édicte qu' « aucune action judiciaire concernant l'exercice des droits communs à toutes les parts d'une même masse ne peut être exercée contre la société qu'au nom de cette masse... et par un représentant de la masse nommé par l'assemblée générale... » Il faut permettre, dans tous ces cas, que le représentant intervienne pour que le tiers s'exécute, sous peine de laisser ce dernier libre d'enfreindre ses obligations ⁽²⁾.

Et l'on doit admettre, pour les mêmes motifs, que le représentant légal a la faculté de révoquer, d'accord avec le tiers, l'acte qu'il jugerait ne pas devoir tourner à l'avantage du représenté; si, toutefois, la révocation était faite en vue de causer un préjudice au représenté et si le tiers se prêtait sciemment à cette manœuvre, la nullité de cette révocation pourrait être prononcée.

Ainsi, l'on doit toujours éviter que les effets du rapport de représentation se réalisent dans la personne du représentant; telle est l'idée qui sert de guide. Et voilà pourquoi la jurisprudence décide que le tiers ne peut exiger du représentant l'exécution en nature de l'obligation ou des dommages-intérêts ⁽³⁾ : il aura à s'adresser directement au représenté.

Que si une condamnation a été prononcée contre le représentant en cette qualité, elle atteindra directement, par le fait même, le représenté, car « c'est le mandant qui a réellement contracté par son entremise » ⁽⁴⁾, et, par suite,

(2) La solution proposée sur la nature juridique de la représentation ne s'oppose pas à ce qu'il en soit ainsi, car il n'est pas question de déclarer le représentant tenu des effets du rapport de représentation.

(3) Req., 23 oct. 1894, D., 95. 1. 226; Chambéry, 10 juill. 1911, D., 44. 2. 74; Req., 10 févr. 1923, S., 25. 1. 179.

(4) Bordeaux, 11 juill. 1866, S., 67. 2. 44.

« l'acte est exécutoire comme s'il y eût comparu en personne ».

Parfois même, nous l'avons signalé, la représentation juridique fait courber devant elle la règle : « Nul en France ne plaide par procureur » ⁽⁵⁾, de sorte que les jugements obtenus pour ou contre le représentant produisent leurs effets pour ou contre le représenté.

La règle d'après laquelle le représentant est étranger aux effets du rapport de représentation subit une double exception :

Le représentant est tenu envers le tiers lorsque, par sa fraude ou par son dol, il lui a occasionné un préjudice : se substituant à une personne, il doit agir avec le même soin et se soumettre aux normes qui auraient régi l'activité propre à celui qu'il remplace. Il ne saurait se soustraire aux simples règles de la bonne foi, sous prétexte qu'après la conclusion de l'acte sa personnalité disparaît. La personnalité du représentant n'exclut d'ailleurs pas celle du représenté, et la jurisprudence décide qu'il peut y avoir condamnation solidaire avec le tiers ⁽⁶⁾.

D'autre part, pour engager le tiers à conclure l'opération juridique, le représentant peut se porter garant envers lui de l'exécution de l'acte et des obligations qui en découlent : il est alors tenu personnellement à l'égard du tiers en qualité de caution, conjointe ou solidaire, du représenté.

(5) Civ., 19 févr. 1884, S., 86. 1. 69 (représentant des obligataires nommé par justice); Cass., 20 août 1875, S., 76. 1. 117, et 24 janvier 1910, D., 1911. 1. 471 (capitaine de navire représentant de l'armateur).

(6) Req., 2 févr. 1910, D., 1910. 1. 72. Il s'agissait en l'espèce de l'usage abusif du nom du mandant.

§ 2. — Le représentant peut-il contracter avec lui-même ?

La règle d'après laquelle le représentant aurait la faculté de contracter avec lui-même ne porterait-elle pas une atteinte grave au principe édictant que les effets de droit se produisent uniquement entre le représenté et le tiers ?

Essayons de bien poser le problème : le représentant, investi du pouvoir d'agir pour autrui, a l'habitude de conclure l'acte avec une tierce personne. Au lieu de s'adresser à un tiers, ne pourrait-il pas prendre l'opération juridique pour son compte, de sorte qu'il serait lui-même lié directement au représenté ? Ainsi, une personne reçoit d'une autre la faculté d'opérer une vente en son nom ; suivant tous les cas de représentation dont il a été parlé jusqu'ici, nous dirions que le représentant va chercher à se mettre en relations avec un autre sujet de droit, lequel acceptera de jouer le rôle d'acheteur vis-à-vis du représenté, qui sera le vendeur, l'intermédiaire disparaissant aussitôt après l'accord de volontés. Mais ne serait-il pas possible au représentant de se déclarer lui-même acheteur, en se soumettant aux conditions déjà déterminées ? Si oui, on dira que le représentant contracte avec lui-même. Cette opération peut-elle exister juridiquement ? S'explique-t-elle par l'idée de représentation ?

Remarquons d'abord que la loi a interdit à des représentants l'accomplissement d'un tel acte juridique. L'article 450 C. civ. stipule que le tuteur ne peut « ni acheter les biens du mineur ni les prendre à ferme, à moins que le conseil de famille n'ait autorisé le subrogé tuteur à lui en passer bail... », et l'article 40 de la loi du 24 juillet 1867 défend aux administrateurs d'une société anonyme de

prendre un intérêt dans les marchés faits pour le compte de la société. D'autre part, l'article 1596 C. civ. s'exprime ainsi : « Ne peuvent se rendre adjudicataires, sous peine de nullité, ni par eux-mêmes ni par personnes interposées, les tuteurs des biens de ceux dont ils ont la tutelle, les mandataires des biens qu'ils sont chargés de vendre... » Ces dispositions découlent-elles d'une prohibition de l'acte juridique avec soi-même ? La doctrine classique ne le pense pas, et avec raison, croyons-nous, parce que le législateur a visé des cas d'espèces où un conflit d'intérêts existait entre le représentant et le représenté. Si ce conflit n'existe pas, on ne voit pas pourquoi l'acte juridique avec soi-même ne serait pas réalisable (7).

Doit-on y voir « un prolongement, extrême à la vérité, mais logique, de l'idée de représentation » ? (8). Nous ne le pensons pas. Quand le représentant prend pour son compte l'acte qu'il était chargé d'accomplir, une opération juridique nouvelle est mise en mouvement, ce n'est plus du tout le mécanisme de la représentation qui fonctionne. C'est le représentant qui sera directement engagé avec le représenté, résultat qui est en opposition absolue avec le caractère essentiel de la représentation, puisque nous avons bien des fois répété que le représentant restait en dehors des effets de droit engendrés. Il n'est plus ici question de tiers : deux sujets de droit seulement, et non trois, apparaissent sur la scène juridique. Le représentant

(7) Le projet franco-italien de Code des obligations se prononce en principe contre l'acte du représentant avec soi-même : « Sous réserve des dispositions contraires de la loi et des règles relatives au commerce, nul ne peut, au nom de celui qu'il représente, contracter avec soi-même, soit pour son propre compte, soit pour le compte d'autrui, sans l'autorisation du représenté, lequel pourra toutefois ratifier le contrat. » (Art. 37.)

(8) Planiol, Ripert et Esmein, t. VI, 1930, n° 68, p. 88.

n'a plus à se mettre d'accord avec un tiers, car celui-ci n'intervient pas. Il est donc impossible d'invoquer l'idée de représentation sous peine de la déformer.

Il faut donc chercher ailleurs l'explication technique susceptible de servir de base à l'acte juridique avec soi-même. Laissant de côté les solutions proposées, puisque la question est en dehors de notre sujet, nous nous bornerons à suggérer l'emploi d'une idée à laquelle nous avons fait appel pour la représentation : l'idée de personnalités juridiques distinctes. Le représentant qui contracte avec lui-même réunit, en réalité, sur sa tête, deux personnalités juridiques qui ne se confondent point : celle de représentant, dont la mission a été précisée; celle de titulaire d'un patrimoine propre. En qualité de représentant, il est porteur d'une offre; comme titulaire d'un patrimoine, il peut accepter. La réunion de l'offre et de l'acceptation forme l'acte bilatéral.

CONCLUSION

Ainsi que nous l'avions annoncé dans notre introduction, nous avons d'abord, dans la première partie de notre travail, fait en sorte que l'analyse descriptive fût un miroir, traducteur fidèle des données de l'observation; et nous avons fait tourner ce miroir pour que les multiples facettes de l'acte de représentation vinssent s'y reproduire. Au lecteur de dire si nous ne nous sommes pas laissé aveugler par les prétendus rayons de lumière que constituaient les diverses applications de la représentation juridique en droit privé moderne.

Nous avons insisté, à maintes reprises, sur la nécessité de partir des faits et de ne jamais perdre de vue le fruit de l'observation directe; seule, une étude attentive des faits nous a révélé le mécanisme interne de l'acte juridique, grâce auquel une explication satisfaisante pouvait être donnée au problème de la représentation envisagé dans toute son ampleur. Il était enfin possible de répondre au « pourquoi », alors que les auteurs s'étaient surtout attachés à indiquer le « comment ».

Cette réponse satisfera-t-elle le juriste ? Apaisera-t-elle son esprit critique; nous ne le voudrions pas. La solution

proposée ressortit à la technique juridique; elle n'est, à ce titre, qu'une explication seconde. On ne peut s'en tenir à elle, car ce serait laisser de côté l'élément scientifique qui domine et recouvre toute notion technique.

Chaque fois qu'il se réalise, le phénomène de la représentation est créé par une règle de droit qui est mise en mouvement par le concours de volontés du représentant et du tiers : le rôle de la technique juridique est terminé. Mais le lecteur, désireux de gravir une nouvelle marche, ne manquera pas de poser un nouveau pourquoi; il ne peut pas ne pas se demander aussitôt pourquoi la règle de droit intervient dans tel cas déterminé afin d'engendrer la représentation et pourquoi elle porte en elle cette force qui crée le rapport d'obligation entre le représenté et le tiers. Nous ne répondrons pas à la question ainsi posée, car c'est le problème du fondement du Droit qu'il faudrait résoudre. Toutefois, cette remarque appelle des précisions.

En proclamant qu'il était nécessaire d'examiner au préalable les faits constitutifs de la représentation et de considérer avant tout les données de l'expérience dans l'élaboration de la théorie, nous n'avons jamais voulu dire que le juriste devait se contenter de l'examen du fait social (1); le

(1) Nous sommes persuadé que le Droit ne consentira jamais à se laisser traiter comme un simple fait. Le fait social pris en lui-même *est* et c'est tout : la guerre est un fait, la paix est un fait, et, *toute raison critique mise à part*, il est impossible d'avancer que l'une des deux situations est préférable à l'autre, la nature humaine s'accommode du bien comme du mal.

Et nous ne croyons pas que soit meilleure la solution qui consiste à proposer, comme fondement du Droit, une échelle de valeurs, qui s'imposerait à nous d'après l'observation directe : « La valeur, déclare M. Bonnard, est essentielle à la norme : sans elle, la norme ne serait pas », et « sa valeur étant un produit de faits objectifs est absolument indépendante de ses représentations dans les consciences individuelles ». « Mais ce n'est encore que du droit naturel. Si alors la représentation

fait est le point de départ, l'assise de la technique, mais il ne saurait arbitrairement réduire le champ de la science.

Contraindre le Droit à n'être qu'un fait, c'est condamner le juriste à ne se mouvoir que dans le domaine de la technique juridique; et quoi qu'on dise et quoi qu'on fasse, il s'y refusera toujours, parce qu'il n'obtiendra ainsi qu'une explication seconde. Or, notre esprit a soif d'absolu, il n'est satisfait qu'après avoir reconnu ou cru reconnaître « la cause de la cause »; il consentira à partir des faits, mais il ne se résoudra jamais à abdiquer sa puissance, en renonçant à dépasser et à dominer les faits. Si, de nos jours, il déploie tant d'efforts pour essayer de dégager le véritable fondement du Droit, c'est qu'en réalité l'origine dernière de la force obligatoire inhérente à la norme juridique est pour lui une question qui se pose sans cesse, cachée sous les frêles formules de la technique, qui ne sauraient apaiser son intelligence.

Les principes par lesquels nous avons fixé la notion de

que cette norme doit être obéie se généralise, cette norme passe de l'état naturel à l'état positif. » (Bonnard, *Droit naturel et droit positif*, Rev. int. de la théorie du Droit, 1928-1929, p. 1 à 16.) Toute valeur serait donc, en définitive, un fait qui se constate.

Nous répondons avec M. Baudin (*Introduction générale à la philosophie*, I, *Qu'est-ce que la philosophie*, p. 199) que « cette argumentation repose sur une confusion entre les valeurs et les actes individuels et sociaux de « valorisation » : ce sont ces actes qui sont des faits et non pas les valeurs elles-mêmes. Ainsi on constate que les hommes attribuent de l'utilité à l'or et aux objets économiques, de la moralité aux actions, de la vérité aux jugements... Il y a là tout autant de faits économiques qui sont, si l'on veut, des « faits de valeur », nous dirions plutôt des « faits de valorisation », et ils rentrent évidemment dans l'ensemble des faits de la nature ». Mais quand il s'agit de les vérifier, d'étudier leur validité, et en dernière analyse de considérer leur puissance comme principes régulateurs de la vie sociale, ce n'est plus une question de fait, c'est une question de droit. La simple observation des « faits de valeur » est donc impuissante à résoudre le problème du fondement du Droit, et c'est pour cette raison que l'esprit critique du juriste ne saurait se contenter des formules proposées pour résoudre le problème de la représentation.

représentation en droit privé ne marquent donc pas le terme fatal de l'analyse juridique; ils ne sont que l'un des multiples points de départ qui commandent à la raison critique du juriste de s'élever et de se lancer à la recherche du fondement du caractère obligatoire propre à la règle de droit.

Mais puisque la représentation s'est surtout révélée comme une notion technique, ne serait-il pas possible de l'éliminer, ainsi que l'a prétendu Duguit ? Nous affirmons encore que son maintien s'impose parce qu'il s'agit d'un concept *a posteriori* : Dans son *Vocabulaire de la philosophie*, publié en 1926, M. Lalande définit le concept « l'idée en tant qu'abstraite et générale », et il distingue : « 1° les concepts *a priori* ou purs, c'est-à-dire les concepts que l'on considère comme n'étant pas dérivés de l'expérience; 2° les concepts *a posteriori* ou empiriques, c'est-à-dire les notions générales définissant des classes d'objets données ou contruites et convenant d'une manière identique et totale à chacun des individus formant ces classes, qu'on puisse ou non les en isoler, par exemple le concept de vertébré, le concept de plaisir... »

Si les empiristes rejettent les concepts *a priori*, ils admettent, du moins, les concepts *a posteriori*, par lesquels l'esprit humain reproduit les données de l'observation directe (2). Comment voudrait-on qu'il en fût autrement ? Puisque l'on reconnaît que tout l'observable est réel, il faut donner à notre entendement les moyens de dégager les

(2) « Mais il est d'évidence qu'en affirmant que le droit est une science d'observation et qu'il faut en éliminer tout concept, j'entends uniquement les concepts *a priori* ou concepts dus à l'expérience subjective; et je ne prétends point éliminer les concepts *a posteriori* ou concepts extraits de l'expérience objective. » (Duguit, *Traité*, t. I, 3^e éd., p. 72.)

faits qui lui sont offerts par l'expérience, la possibilité de mouler la matière sur laquelle il exerce son emprise.

Cherchera-t-on à soutenir, après l'étude descriptive qui a été l'amorce de la construction théorique, que la représentation n'est pas un concept *a posteriori* ? Encore une fois, il est impossible de prononcer l'exclusive contre une notion dont il est facile d'apercevoir toute l'utilité.

Est-ce à dire que le concept de représentation restera figé dans les cadres que nous lui avons assignés ? Ce serait une prétention trop puérile ! En l'acceptant avec les caractères qui lui sont propres, nous avons formulé une simple hypothèse : ayant posé les éléments du problème, ayant réuni les matériaux que nous offrait l'observation, nous avons voulu justifier qu'un concept méritait de traduire dans la science du droit une situation particulière.

Mais n'oublions jamais que « les concepts dans lesquels nous cherchons à arrêter l'idée sont comme des abris provisoires...; on s'y repose un instant, mais pour repartir l'instant d'après... » (3). Le juriste doit rester au contact des faits, prêt à réviser les concepts pour qu'ils englobent les éléments nouveaux créés par le législateur. Attentif aux moindres évolutions de la vie sociale, il veille; en face des transformations économiques qui bouleversent l'activité de l'être humain, il guette et étudie les faits pour les dominer, tout en les subissant. Il est une sentinelle avancée sur la route du savoir, il ne se laisse pas hypnotiser par le mirage d'un concept parce qu'il sait que, s'enfermant dans cet abri, il ne verrait plus « ni le ciel ni la voie qui y mène » (4). Lourde tâche, diront certains; mais tâche qui honore le

(3) Jacques Chevalier, *Le concept et l'idée* (Mélanges Hauriou, 1929, p. 135).

(4) Jacques Chevalier, *eod. loc.*

juriste, ajouterons-nous, et qui lui confère ce qui fait toute la grandeur de l'homme : être un faible roseau, mais un roseau pensant.

Il doit en être de la représentation comme de tous les concepts utilisés par la science du Droit : recouvrant une humble parcelle du réel, l'enveloppe de cette notion ne doit point faire oublier que son contenu est en perpétuelle évolution et qu'il est bon d'effectuer parfois un sérieux inventaire.

Les faits que le concept traduit sont pour le juriste le minerai du sol sur lequel il travaille et grâce auquel il forge la construction théorique. Ils sont aussi la matière première utilisée par la technique juridique; si la matière première reste la même, la technique demeure immobile; mais si elle change, la technique juridique « crée, au contraire, des formes nouvelles, pour traduire les créations successives de la science » ⁽³⁾. Inconnu du Droit romain, le principe de la représentation s'est peu à peu glissé dans notre législation, et, à l'heure actuelle, il a acquis droit de cité dans tous les pays. Il n'appartient pas à la technique de le rejeter, sous prétexte qu'il briserait certaines formules classiques.

Et il ne nous appartient pas, en terminant, de prétendre que la solution que nous avons proposée au cours de ce travail doit être adoptée; nous voulions simplement montrer que la notion de représentation juridique mérite d'être plus creusée qu'elle ne l'a été. Notre but a été de donner du mouvement aux études relatives à ce concept, afin que l'on aille plus loin. Si le travail sur lequel le lecteur s'est penché n'a réussi qu'à dévoiler à son esprit l'incertitude

(3) Bonnecase, *Introduction à l'étude du droit*, 2^e éd., n^o 170, p. 264.

dans laquelle se débat la doctrine moderne quant au problème envisagé, problème qui resterait entier après cette étude, nous voudrions qu'on ne recule pas devant le devoir qui s'impose : apporter à la science du Droit des solutions plus vraies et plus fécondes que d'autres n'ont pas eu le bonheur d'apercevoir.

VU : *Le Doyen,*

J.-G. FERRON.

VU, BON A IMPRIMER :

Le Président,

J. BONNECASE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Bordeaux, le 23 décembre 1930.

Le Recteur de l'Académie,

F. DUMAS.

Les visas exigés par les règlements ne sont donnés qu'au point de vue de l'ordre public et des bonnes mœurs (Délibération de la Faculté du 12 août 1879).

BIBLIOGRAPHIE

- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français, 5^e éd., spécialement t. IV et VI.
- BEL. — Le groupement des parts bénéficiaires et la loi du 13 janvier 1929. Thèse Lyon, 1929.
- BONNECASE. — Supplément au Traité de droit civil de Baudry-Lacantinerie et ses collaborateurs, t. II (Sirey 1925) et t. IV (Sirey 1928).
— Introduction à l'étude du droit, 2^e éd., 1931.
— Traité de droit commercial maritime, Sirey, 1922.
- BOUQUIER. — Étude générale de la représentation dans les actes juridiques. Thèse Montpellier, 1899.
- BOYER. — Essai sur la représentation dans les actes juridiques. Thèse Toulouse, 1899.
- CAPITANT. — Introduction à l'étude du droit civil, 5^e éd., 1929.
- CÉLICE. — L'erreur dans les contrats. Thèse Paris, 1922.
- CHÉRON. — Note au D., 1930. 1. 9.
- COHENDEY. — Faut-il réglementer légalement les groupements d'obligataires? *Revue des sociétés*, 1930, p. 233.
- COLIN et CAPITANT. — Cours élémentaire de droit civil français, 3 vol., 4^e éd.
- CORBESCO. — De la représentation dans les actes juridiques et principalement dans les contrats. Thèse Paris, 1912.
- DEMOGUE. — Traité des obligations en général, spécialement t. I, Source des obligations, 1923.
- DUCHON. — De l'idée de représentation dans la solidarité. Thèse Paris, 1907.
- DUGUIT. — Traité de droit constitutionnel, t. I (3^e éd., 1927) et t. II (3^e éd., 1928).
- ESCARRA. — Note au D., 1928. 2. 57.
- FENET. — Travaux préparatoires du Code civil, t. XIV.
- GARAUD. — Note sous Poitiers, 13 décembre 1927, S., 1928. 2. 81.
- GÉNY. — Science et technique en droit privé positif, spécialement t. III et IV.

- GOUNOT. — Le principe de l'autonomie de la volonté. Thèse Dijon, 1912.
- JOSSERAND. — Cours de droit civil positif français, 1930, t. I et II.
- LÉVY-ULLMANN. — La contribution essentielle du droit anglais à la théorie générale de la représentation dans les actes juridiques. Extrait des *Acta Academiæ universális jurisprudentiæ comparativæ*, 1928.
- LYON-CAEN et RENAULT. — Traité de droit commercial, spécialement t. III et V.
- MESTRE. — Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale. Thèse Paris, 1899.
- MICHOUD. — La théorie de la personnalité morale et son application au droit français, 2^e éd., Paris, 1924.
- ODINOT. — De la représentation imparfaite en droit français. Thèse Paris, 1909.
- PICARD. — La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1921 (p. 419 à 467) et 1922 (p. 5 à 34).
- PILON. — Essai d'une théorie générale de la représentation dans les obligations. Thèse Caen, 1897.
- PLANIOL. — Note sous cassation, 18 juillet 1892, D., 1892. 1. 585.
- PLANIOL et RIPERT. — Traité élémentaire de droit civil, 3 vol.
- PLANIOL et RIPERT, avec le concours d'ESMEIN. — Traité pratique de droit civil français, t. VI, Obligations, 1930.
- PLANIOL et RIPERT, avec le concours de SAVATIER. — Traité pratique de droit civil français, t. I, Les personnes, 1925.
- POPESCO-RAMNICEANO. — De la représentation dans les actes juridiques en droit comparé. Thèse Paris, 1927.
- La représentation dans le projet de Code des obligations élaboré par l'« Union législative entre nations alliées et amies ». *Bull. soc. lég. comp.*, 1928, p. 190.
- RIPERT. — Droit maritime, 3^e éd., 3 vol.
- ROUAST. — L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile. *Revue trimestrielle de droit civil*, 1922, p. 35 à 109.
- SAVATIER. — Note sous Req., 20 février 1922, D., 1922. 1. 201.
-

CHAPITRE PREMIER. — <i>La représentation conventionnelle</i>	15
<i>Section I.</i> — Le mandataire agissant au nom de son mandant.	16
<i>Section II.</i> — Le commissionnaire agissant au nom du com-	
mettant'.....	20
<i>Section III.</i> — Le représentant de commerce ...	23
<i>Section IV.</i> — Le courtier d'assurances maritimes.....	28
CHAPITRE II. — <i>La représentation judiciaire</i>	33
CHAPITRE III. — <i>La représentation légale</i>	37
<i>Section I.</i> — La représentation est un organisme de protec-	
tion des incapables.....	37
§ 1. — Le tuteur.....	37
§ 2. — Le père, administrateur légal des biens [de ses	
enfants mineurs.....	40
§ 3. — L'administrateur des biens de l'aliéné.....	42
§ 4. — Le mari, administrateur légal des biens de sa	
femme	43
<i>Section II.</i> — La représentation est un moyen d'action de cer-	
tains groupements	45
§ 1. — Le syndic de faillite.....	45
§ 2. — Les administrateurs des personnes morales.....	50
§ 3. — Les représentants des porteurs de parts de fonda-	
teur.....	58
§ 4. — Les représentants des obligataires.....	68
<i>Section III.</i> — La représentation explique les effets secondaires	
de la solidarité passive	78

	Pages.
<i>Section IV. — La représentation permet l'administration du patrimoine de personnes capables.....</i>	88
§ 1. — Le représentant légal de l'absent.....	88
§ 2. — Le capitaine de navire	89

DEUXIÈME PARTIE

Construction théorique de la représentation.

<i>CHAPITRE PREMIER. — Étude critique des conceptions émises sur la notion de représentation.....</i>	99
<i>Section I. — Première conception : La représentation est une notion inutile.....</i>	100
<i>Section II. — Deuxième conception : La représentation est une fiction.....</i>	105
<i>Section III. — Troisième conception : La représentation repose sur le principe de l'autonomie de la volonté.....</i>	111
§ 1. — Auteurs voyant dans la représentation juridique une application du principe de l'autonomie de la volonté.....	111
§ 2. — Critique de cette théorie; son impuissance à résoudre le problème de la représentation juridique..	114
<i>Section IV. — Quatrième conception : La représentation est une modalité de l'acte juridique.....</i>	122
<i>CHAPITRE II. — Solution proposée sur la nature juridique de la représentation.....</i>	133
<i>Section I. — Adoption d'une théorie nouvelle de l'acte juridique.....</i>	133
§ 1. — Rôle de la volonté dans la formation de l'acte juridique : la mise en mouvement de la règle de droit.	134
§ 2. — Application de la théorie proposée quant à l'acte juridique à la représentation.....	147
<i>Section II. — Nature juridique de la représentation</i>	157
§ 1. — Définition	157
§ 2. — Analyse de la notion de représentation.....	164
A. — La représentation est distincte du mandat	164
B. — Existe-t-il une représentation parfaite et une représentation imparfaite ?.....	171
C. — Doit-on distinguer la représentation de la volonté d'autrui et la représentation des intérêts?	174

	Pages.
D. — Y a-t-il une représentation directe et une représentation indirecte ?.....	178
E. — Représentation et stipulation pour autrui.....	180
§ 3. — Fondement de la représentation juridique.....	183
CHAPITRE III. — <i>Conditions de la représentation</i>	200
Section I. — Le représentant doit avoir le pouvoir de représenter.....	201
A. — Qu'entendre par pouvoir de représentation ? ..	201
B. — Par qui peut être donné le pouvoir de représenter ?.....	203
C. — Le représentant peut-il acquérir le pouvoir de représenter à la fois les deux autres personnes qui interviennent dans le rapport de représentation ?.	205
D. — Dans quelle forme le pouvoir de représenter doit-il être donné et porté à la connaissance de ceux à qui il s'adresse ?.....	207
E. — La collation du pouvoir détermine-t-elle rigoureusement l'étendue de l'obligation du représenté ?	209
Section II. — La qualité de représentant doit être connue du tiers.....	212
A. — Y a-t-il représentation dans l'assurance pour compte de qui il appartiendra ?.....	215
B. — Il y a représentation dans la vente avec déclaration de command.....	218
C. — Représentation et gestion d'affaires.....	221
Section III. — Le représentant doit garder une personnalité propre.....	224
CHAPITRE IV. — <i>Effets de la représentation</i>	233
Section I. — Effets à l'égard du représenté.....	233
Section II. — Effets à l'égard du tiers.....	237
Section III. — Effets à l'égard du représentant.....	238
§ 1. — Le représentant reste étranger au rapport de droit créé entre le tiers et le représenté.....	238
§ 2. — Le représentant peut-il contracter avec lui-même ?	242
CONCLUSION.....	245

